Die
exceptio doli generalis.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

vorgelegt der

hohen juristischen Fakultät

der

Königlichen Friedrich Wilhelms-Universität zu Berlin

und mit den

beigefügten Thesen verteidigt

am 27. Juli 1895.

von

Kurt Dronke,

Gerichtsreferendar aus Bonn.

Opponenten:

Richard Friedrichs, Kammergerichtsreferendar.
Dr. jur. Otto Göppert, Kammergerichtsreferendar.
Paul Martens, Kammergerichtsreferendar.

BONN,

Druck von Ernst Heydorn.

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535707_0077

Inhaltsangabe.

I. Teil.

		Seite
§ 1.	1. Die Aufgabe der e. d. g. im römischen Recht	1
§ 2.	2. Bewusstsein der Rechtswidrigkeit	6
§ 3.	3. Kondemnationsminderung durch e d.	9

II. Teil.

Anwendungen der e. d. g im römischen Recht.

I. Kapitel.

Durchführung allgemeiner Grundsätze.

§ 4.	I Konvalescenz ungiltiger Rechtsgeschäfte	14
	II. Der Formalismus im römischen Recht	17
§ 5.	1. Konversion	17
§ 6.	2. Willenserklärung durch konkludente Handlung	19
	A. Erlass eines obligatorischen Rechtes	20
	B. Verzicht auf ein dingliches Recht	21
§ 7.	3. Analoge Fälle	22
§ 8.	4. Widerruf einer letztwilligen Verfügung	23
	III. Bedingung und Befristung	25
§ 9.	I. Zulässigkeit der Bedingung oder Befristung	25
§ 10.	II Erfüllung der Bedingung	27
§ 11.	IV. Lehre vom Irrtum	29
§ 12.	V. Die capitis deminutio	30
§ 13.	VI. Reflexwirkung	30
§ 14.	I. Die e. d. als subsidium e. is pacti	31
	1. Bei der Bürgschaft	32
	2 Bei Korrealobligation auf Grund eines Vertrages	33
	3. Bei Korrealobligation auf Grund Gesetzes	34
	a) Bei Gewaltunterworfenen	34
	b) Bei Gewaltfreien	35
	4. Bei der Zession	36
	5. Bei der Schuldübernahme	38

Seite

§ 15. II. Bei Gemeinschaft und Bürgschaft 38
§ 16. III. Pfanderneuerung 39
§ 17. IV. Accrescenz 40
§ 18. V. Erbschaftsantritt und analoge Fälle 40
§ 19. VII. Culpa in contrahendo 42

II. Kapitel.

Die e. d. g. im Prozessrecht.

§ 20. I. Die prozessualische Konsumtion 44
§ 21. II. Prinzip der einen Rechtsfrage 45
§ 22. 1. Kompensation 46
§ 23. Liberatio legata 47
§ 24. 2. Dolo facit, qui petit quod redditurus est im engeren Sinne 50
§ 25. III. Die condemnatio pecuniaria 51
§ 26. IV. Unabänderlichkeit 52
a) Des Urteils 52
b) Des Schiedspruches 54
§ 27. V. Klagenkonkurrenz 54
1. Allgemeines 54
§ 28. 2. Anwendungen 56
§ 29. 3. Verwandte Fälle 57
§ 30. VI. Prozesskaution 58

III. Kapitel.

Die e. d. g. im Sachenrecht.

§ 31 60
I. Verwendung und Verbindung 60
II. Die e. rei venditae et traditae 65
§ 32. 1. Beim Eigentum 65
§ 33. 2. Analoge Ausdehnung der e. rei venditae et traditae im römischen Recht 68
§ 34. 3. Die e. rei venditae et traditae im Grundbuchrecht 69

IV. Kapitel.

Die e. d. g. im Obligationenrecht.

§ 35. I. Stellvertretungslehre 70
§ 36. 1. Dolus des Vertreters 71
§ 37. 2. Pactum des Vertreters 73
§ 38. 3. Bereicherung durch Stellvertretung 74
§ 39. 4. Analoge Fälle 75
§ 40. II. Bereicherungslehre 76
1. Einleitung 76

Seite

§ 41. 2. Aufhebung einer Bereicherung 77
a) Die Bereicherung liegt in der Entstehung eines Forderungsrechtes 77
§ 42. b) Die Bereicherung beruht auf erfolgloser Leistung 78
§ 43. 3. Vorbeugen gegen eine ungerechtfertigte Bereicherung durch e. d. 82
§ 44. III. Die Schenkung 87
§ 45. IV. Die bona fides bei stricti juris negotia 88
§ 46. Wie weit macht die e. d. das stricti juris judicium zu einem jud. bonae fidei? 90
§ 47. V. Die e. d. als e. adimplendi contractus 93
§ 48. 1. Bei gegenseitigen Verträgen 93
§ 49. 2 Bei Verträgen mit actio contraria 95
§ 50. 3. Bei accessorischen Verträgen 96
§ 51. 4. Bei Rückgängigmachen von Verträgen 100
§ 52. VI. Der Zwangsvergleich 101
§ 53. VII. Die Quasidelikte 102

V. Kapitel.

Die e. d. g. bei Rechtsgeschäften von Todes wegen.

§ 54. I. Der Erbverzicht 103
§ 55. II. Das sieben Zeugentestament 104
§ 56. III. Willensauslegung 105

III. Teil.

Die e. d. g. im heutigen Recht.

§ 57. I. Die Frage ihres Weiterbestehens 109
§ 58. II. Anwendungen 112
§ 59. 1. Im Prozessrecht 113
§ 60. 2. Im gemeinen Civilrecht 113
§ 61. 3. Im Handelsrecht 119
§ 62. 4. Im Wechselrecht 119
§ 63. III. Der Entwurf 122

I. Teil.

§ 1.

1. Die Aufgabe der e. d. g. im römischen Recht.

Als Grund für die Aufstellung der e. d. sieht man allgemein das Bestreben des Prätors an, auch ausserhalb der a. es b. f. Treu und Glauben zur Geltung zu bringen.

Besonders Burchardi Wiedereinsetzg. S. 283 fg. führt diesen Gedanken aus, und er ist auch vollkommen zu billigen.

Worin sollte überhaupt der Unterschied zwischen a. es stricti iuris und bonae fidei bestanden haben, wenn nicht darin, dass bei letzteren der Richter ohne weiteres d. h. ohne besondere Ermächtigung seitens des Prätors ex fide bona, unter Berücksichtigung also auch von jedwedem dolus entscheiden solle? Auch zeigt uns der bei Cic. de off. III. C. 15 § 66 berichtete Fall, dass bereits M. Cato pater den dolus bei b. f. iudicia in Rücksicht zog. Wenn nun doch bei b. f. Obligationen die e. d. erwähnt wird, so geschieht das nur zur Charakterisierung der Einrede als einer solchen, die einen Verstoss gegen die b. f. rügt, nicht um ihre prozessuale Geltendmachung hervorzuheben. Es ist nur der Stoff, nicht die Form der e. d. gemeint. Daher heben auch in den meisten Entscheidungen die römischen Juristen ausdrücklich hervor, dass es keiner inserierten exc. bedarf. Julian in l. 84 § 5 D. 30, Paulus in l. 5 § 1 D. 19. 1 und l. 14 § 1 D. 10. 3. Papinian spricht bei der persecutio fidei commissi von einer Retention ratione doli mali e. is l. 67 § 3 und l. 69 § 3 D. de legatis 2. (31). In zwei Stellen wird die Frage nach der e. d. aufgeworfen, formell aber gar

nicht beantwortet, es ist dies bei Scaevola l. 1 Resp. in l. 39 pr. D. 10. 2 und bei Paulus l. 2 quaest. l. 42 D. 19. 1. Diese Thatsache zeigt uns, dass formell die e. d. in den b. f. iudicia gar nicht vorkam.

Sie war auch vollständig überflüssig, da schon die formula ohne weiteres den Richter anwies ex fide bona zu urteilen. Mit dieser Einschränkung ist denn auch l. 5 C. 8. 44 Anton. zu erklären . . . . „si adversus venditorem ex vendito actione pretium petentem d. e. eni opposueris.“ Immerhin mag es auch vorgekommen sein, dass die e. d. in die Klagformel eingefügt wurde!

So ist auch in l. 3 C. 8. 36 (Antoninus) von der e. pacti berichtet, dass sie im iudicium tutelae eingerückt war, obwohl für sie derselbe Satz galt, wie für die e. d.: b. f. iudiciis inest.

Andrerseits beschränkt sich die Anwendung der e. d. nicht darauf in den a. es str. iur. die b. f. zur Geltung zu bringen.

Wie Paulus l. 71 ad Ed. in l. 1 § 3 h. t. uns berichtet, findet sie Anwendung in contractibus, quam in testamentis quam in legibus.

Schon Cicero sagt: De off. III. l. 15 § 61, wo er von der Formula Aquiliana spricht: Quodsi definitio Aquiliana vera est, ex omni vita simulatio dissimulatioque tollenda est. Und wie die römischen Juristen den Begriff dissimulatio verwandten, zeigt uns z. B. l. 30 D. 6. 1. Gajus l. 7 ad Ed. Si ante denuntiatum sit actori, ut impensam solveret, et eo dissimulante posita sit d. m. exc. Dissimulare heisst hier offenbar weiter nichts als Bestreiten des Gegenanspruches; dieses führt allein schon zur e. d.

A. Der Grund zur Aufstellung der e. d. war jedenfalls ein materiellrechtlicher. Paulus l. 71 ad Ed. l. 1 und D. 44. 4 gibt ihn dahin an: „ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit.“ — Darin deutet er den ganzen Umfang der materiellen Funktion der e. d. an. Das veränderte Rechtsbewusstsein, die naturalis aequitas, soll gegen das überlieferte und erstarrte Recht zur Durchführung gebracht werden. Vgl. Papinian l. 3 quaest. l. 12 D. h. t.

Qui aequitate defensionis infringere actionem potest, d. e. e. tutus erit.

Diese Funktion der e. d. g. ist jedoch durchaus nicht allgemein anerkannt. Es wird ihr von einer Reihe von

Schriftstellern nur eine prozessuale Aufgabe zugewiesen. Hierher gehören u. a. Windscheid I § 47. 7, Vangerow I § 318. 243. 244, Burchardi Wdreinsetz. S. 292 fg.

Um dieser Ansicht mit Erfolg entgegentreten zu können, müssen wir die im corpus iuris enthaltenen Anwendungen systematisch geordnet zur Darstellung bringen.

Der Wert einer Systematisierung ist wohl heute nirgend verkannt und dürfte besonders in einer Materie, die soviel an juristischer Feinheit und historischer Entwickelung bietet wie die vorliegende, nicht zu unterschätzen sein. Solche Systeme der e. d. sind denn auch schon mehrfach aufgestellt worden, meist freilich nur um die Vielseitigkeit der e. d. zu verbeispielen. Man vergleiche das System von Brinz Pand. 1. Aufl. § 40 S. 135 a. E. Sintenis Civilrecht § 32. Grade letzteres System zeigt, wie wenig Wert auf die Systematik der e. d. bisher gelegt worden ist. Sintenis stellt als Gruppen zusammen:

1) e. d. als Gegenstück zur cond. sine causa,
2) e. d. dilatorisch,
3) e. d. als Impenseneinrede,
4) e. d. gegen das ius strictum,
5) e. d. gleichbedeutend mit transactionis und anderen,
6) bei Streitigkeiten über rumpierte Testamente,
7) Fälle in denen eigentlich ipso iure Wirkung vorliegen müsste, und nur besondere konkrete innere Beschaffenheit e. d. herbeiführt,
8) e. d. ohne jeden moralischen Vorwurf.

Man sieht, dass der Anordnung des Stoffes verschiedene Ausgangspunkte zu Grunde gelegt sind, und kann daher auch keine einheitliche Würdigung der e. d. erwarten. Erforderlich ist, dass wir den der e. d. in jedem Falle zu Grunde liegenden Rechtsgedanken herausschälen und im Systeme einreihen.

Da hat uns bereits Hänel Archiv XII S. 419 fg. den Weg gewiesen. Es fragt sich, ob seine 13 Gruppen wirklich sich alle als getrennte Gruppen von Anwendungen aufrecht erhalten lassen, und nicht vielmehr eine Reihe Gruppen unter einen einheitlichen Gesichtspunkt zusammenfallen, besonders auch die Gruppe 13 mit ihren verschiedenartigen systemlos angeführten Fällen nicht in die anderen Gruppen aufgelöst werden kann. Dann ist aber auch zu beachten, dass Hänel durchaus nicht alle Anwendungen der e. d. in ihrer historischen wie dogmatischen Bedeutung dargestellt hat. Mir

geben die im Corpus iuris enthaltenen Entscheidungen Anlass, das der Disposition zu Grunde liegende System aufzustellen.

B. Ausser dieser materiellrechtlichen Funktion hat nun die e. d. g. noch eine zweite im römischen Recht, eine prozessrechtliche, also formelle. Man findet dieselbe in l. 2 § 5 D. h. t. Ulpian l. 76 ad Ed. ausgesprochen: Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicumque id quod quaqua exceptione elidi potest, petit. nam etsi inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose.

Hier spricht Ulpian also das Theorem aus, die e. d. umfasse alle e. es in factum. Der Grund hierzu ist nach der herrschenden, von Birkmeyer Exc. näher begründeten Ansicht das Bestreben der klassischen römischen Juristen alle Exceptionen im b. f. iudicium überflüssig zu machen.

Denn damit, dass jede e. in factum als e. d. charakterisiert wird, fällt sie unter den Satz e. d. b. f. iudiciis inest und ist ohne weiteres im officium iudicis bei b. f. iud. enthalten. Vgl. Maxen Beweislast S. 27, Puchta Inst. S. 516 fg., Vorlesungen § 94.

Bei Prüfung dieser Lehre müssen wir zwei Thatsachen in Rücksicht ziehen. Wir machen nämlich die Beobachtung, dass bis Ulpian nicht alle E. es in factum der e. d. gleichgestellt werden, und dass auch solche E. es durch die e. d. g. verdrängt werden, welche im b. f. iudicium überhaupt nicht vorkommen.

1. Nur solche Exceptiones in factum finden sich bis Ulpian hin durch die e. d. ersetzt, welche keine stereotype Form in Edikte gewonnen haben, die vielmehr in verschiedener Formulierung gemäss den näheren Umständen des Falles auftreten. Es findet sich dies besonders bei der Klagenkonkurrenz vgl. § 27, der e. non adimpleti contractus § 48, der e. rei venditae et traditae § 33, und in der Bereicherungslehre in einem Falle der cond. ob turpem causam l. 8 D. 12. 5 Paulus l. 8 quaest.; vgl. Krug Komp. S. 44 Sav. Syst. V. § 227[b] und Beilage XIII. IV S. 467. Exceptionen dagegen, die mit einem typischen Namen auftreten, deren Formulierung im Edikte vorgesehen ist, sind durch die e. d. bis Ulpian hin selbst in b. f. iudicium durchaus nicht verdrängt. Man vergleiche nur die zahlreichen bei Birkmeyer S. 257. 258 citierten Stellen. Selbst der e. pacti, welche bekanntlich viele Berührungspunkte und Uebergänge

zur e. d. hat, findet sich die e. d. bei Julian, Marcellus und Ulpian geradezu entgegengesetzt (vgl. Capitis deminutis § 12; subsidium e. is pacti § 14).

Erst später findet sich die Gleichstellung von e. pacti und doli l. 23 § 3 D. 12. 6 von Ulpian l. 48 ad Sab. und l. 5 C. 2. 3. von Antoninus a. 214.

2. Die e. d. findet sich in der klassischen Zeit neben der e. rei venditae et traditae und besonders als Mittel, dieselbe analog auf die anderen dinglichen Rechte auszudehnen.

Diese Thatsache lässt sich nicht dadurch erklären, dass die e. d. an Stelle der e. rei venditae et traditae gesetzt wurde, um diese im b. f. iudicium überflüssig zu machen. Sie fand ja gar kein Anwendungsgebiet in einem derartigen iudicium. Auch bei der e. in der Lehre von der Klagenkonkurrenz will es mir zweifelhaft erscheinen, ob dort die e. d. für die alte e. in factum gesetzt wurde, um diese im b. f. iudicium überflüssig zu machen. Sie gründet sich auf den Satz: bona fides non patitur, ut bis idem exigatur und ist daher m. E. von Anfang an im officium iudicio enthalten gewesen.

Bei dieser Sachlage erscheint mir die einzige Erklärung der l. 2 § 5 D. h. l. folgende zu sein. Ulpian stellt hier ein neues Theorem auf: Die e. d. umfasse sämtliche e. es in factum.

Somit braucht der Beklagte in iure nur mehr die e. d. vorzubringen und kann nun in iudicio jede beliebige Einrede näher ausführen. Ulpian selbst wendet dann diesen Grundsatz zum Beispiel in l. 23, § 3 D. 12. 6 an, wo er die e. pacti als auch in der e. d. liegend behandelt. Antoninus folgt ihm hierin l. 5 C. 2. 3.

Der Grund warum die e. d. bis Ulpian an Stelle der unbenannten, von ihm ab an Stelle aller e. es in factum trat, ist m. E. ein doppelter. Die e. d. hat hier einmal die Funktion, die e. es in factum im b. f. iudicium überflüssig zu machen. Sie hat aber auch die zweite Funktion bei allen iudicia die Spezialisierung der Einrede vor dem Prätor zu beseitigen. Der Beklagte braucht in iure keine Thatsachen vorzubringen, auf Grund deren er eine exc. verlange. Dem Prätor ist somit die Last abgenommen in jedem Einzelfalle zu untersuchen, ob die vom Beklagten vorgebrachten thatsächlichen Behauptungen wirklich den Anspruch auf eine e. begründen. Er erteilt die e. d. und der iudex unter-

sucht, ob der Beklagte irgend einen in Betracht zu ziehenden Einwand habe.

Die e. d. verschiebt also auch für die iudicia, welche nicht von der b. f. beherrscht werden, die Entscheidung, ob nach den Grundsätzen der aequitas ein Einwand gegen die Klage vorliege, in die Kognition des Richters und dies ist die formelle Funktion der e. d. g. im römischen Recht.

§ 2.

2. Bewusstsein der Rechtswidrigkeit.

Bei der Untersuchung, ob die e. d. g. Bewusstsein der Rechtswidrigkeit seitens des Klägers im Augenblick der Litiskontestation voraussetzt, müssen wir zwei Arten des Verfahrens unterscheiden. Entweder bringt der Beklagte die Thatsachen, auf welche er die e. d. stützt, bereits in iure vor oder erst in iudicio.

I. Ersteren Falles erfährt der Kläger den Inhalt der Einrede und kann seinen Klageantrag darnach einrichten. Widrigenfalls handelt er dolos und muss vom iudex abgewiesen werden. Es scheint dies Verfahren die Regel gewesen zu sein, um bei einem Legat an einer unteilbaren Leistung die lex Falcidia zur Anwendung zu bringen; l. 80 § 1 D. 35. 2, Gajus l. 3 de leg. ad. Ed. Prät. Vgl. l. 5 § 1 D. h. t., Paulus l. 71 ad Ed., l. 76 pr. D. de leg. 2, Papinian l. 7 Resp.

Auch bei der Einrede der Verwendungen scheint dies Verfahren vorgekommen zu sein. Vgl. l. 30 D. 6. 1., Gajus l. 7 ad Ed.

Dass bei diesem ersteren Verfahren der Kläger um den Gegenanspruch des Beklagten weiss, ist klar. Ist deshalb zur Begründung des e. d. g. dieses Wissen nötig? Eine Stelle enthält dies Erfordernis in aller Schärfe; l. 177 § 1 D. 50. 17, Paulus l. 14 ad Plautium. nemo videtur dolo exsequi, qui ignorat causam, cur non debeat petere.

Andere Stellen weisen darauf hin l. 2 § 5 D. h. t. Ulp. l. 76 ad. Ed. nunc petendo facit dolore, nisi sit talis ignorantia in eo, ut dolo careat. In l. 4 § 26 D. h. t., Ulp. l. 76 ad Ed. gibt Julian auch gegen den Pupill e. d., wenn er nur doli capax sei. Aeussersten Falles müsse man die Fähigkeit des dolus fingieren, ein Zeichen, dass man

das Vorhandensein von dolus als Regel annahm und lieber eine Fiktion zur Hilfe nahm, als davon absah.

II. Wie steht es aber mit diesem Wissen des Klägers um den Gegenanspruch, im zweiten Falle, wenn nämlich der Beklagte in iure lediglich die e. d. verlangte, ohne die Thatsachen anzugeben, auf welche er sie stützte.

Dem Kläger war hiermit die Möglichkeit genommen den Gegenanspruch zu befriedigen, andererseits musste er, da er den Gegenanspruch des Beklagten nicht kannte, notwendigerweise siegen, und die e. d. wirkungslos sein, der Beklagte müsste denn nachweisen, dass der Kläger auch ohne Mitteilung um die Gegenforderung wusste.

Dies Resultat ist im höchsten Grade unwahrscheinlich. Die e. d. verdrängte etwa seit Anfang der Kaiserzeit die unbenannten e. in factum und sie hätte das sicherlich nicht gethan, wenn dem Beklagten damit der Nachweis des dolus auf des Klägers Seite wäre aufgebürdet worden. Wer hätte dann wohl anstatt der e. in fact. die e. d. erbeten? Einen inneren Vorgang in der Seele des Klägers nachzuweisen, welcher Beklagte hätte das freiwillig auf sich genommen?

Ist es aber auch wirklich erforderlich, dass der Kläger im Augenblick der Litiskontestation um den Gegenanspruch des Beklagten weiss? Kann man nicht das Präsens in der Formel si in ea re nihil dolo malo actoris fiat auf die Verhandlung in iudicio beziehen? Im Augenblick der Litiskontestation konnte dann der Kläger noch vollständig b. f. sein; wenn ihm aber der Beklagte in iudicio seinen Einwand näher erläuterte und nachwies, dann musste er ihn befriedigen, widrigenfalls er selbst abgewiesen wurde.

Zunächst hätte es nichts aussergewöhnliches, dass die exc. durch Erfüllung nach Litiskontestation wirkungslos würde. Selbst die actio wird dann gegenstandslos „omnia iudicia sunt absolutoria“, warum sollte man nicht dasselbe bei der exc. zulassen? Fragen wir die Quellen, ob dies Resultat richtig sein kann. Einen Indizienbeweis können wir aus den Ausdrücken der römischen Juristen führen. Eine Reihe von Stellen sprechen von opponierter e. d. und trotzdem von einer Abweisung nur, wenn Kläger nicht auch seinerseits erfülle; vgl. l. 47 D. 9. 2, Julianus l. 86 Dig. e. e. d. opposita compelletur, ut nihil amplius consequatur quam . . . . . l. 5. C. 8. 44, Antoninus a. 213: consequeris, ut ea a ereditore liberentur. Idem etiam fiet, si

d. e. em opposueris; l. 7 pr. D. 33. 4: opposita d. m. e. e. non ante solvere cogendus est quam.

Fernerhin ist es schlechterdings auffallend, wenn in folgenden Stellen gar kein Gewicht darauf gelegt wird, wann der Kläger des Beklagten Anspruch befriedigt. Si non caveat sum movebitur l. 5. pr. D. h. t. e. e. eum d. m. repelli solere si non reddat l. 4 § 9 h. t. si non dotis fieri velit l. 78 § 3 D. 35. 1. sinon prae stet id quod damnum passus sit, d. m. e. e. placuit summoveri l. 8 D. 33. 6.

Beachten wir in diesen Stellen das Präsens, so müssen wir zu dem Schluss kommen, dass es sich um Befriedigung des Beklagten bis zum Urteil handele. Keine Stelle spricht von einer Leistungspflicht ante litem contestatam.

Nun können wir aber noch einen strikten Beweis dafür erbringen, dass die e. d. auch einen dolus post litem contestatam rügt. Mit andern Worten das Präsens in der Formel neque fiat braucht nicht auf den Augenblick der Litiskontestation bezogen zu werden, sondern erstreckt sich auf das ganze Verfahren in iudicio.

Das beweist l. 11. pr. D. h. t., Neratius l. 4 Membr. Die Stelle enthält ausdrücklich den Fall, dass bei der Klage eines procurators die e. d. in dem Sinne bei Litiskontestation aufgenommen werden könne (in iudicium obicienda, nicht in iudicio), dass damit auch ein etwaiger dolus nach Litiskontestation getroffen werde; vgl. hierzu Eisele matrielle Grundl. Cap. 7. III. S. 116 fg.

Hier findet auch l. 39 § 3 D. 9. 4, Jul. l. 9 Dig. ihren Platz.

Auf jeden Fall beweist die Stelle, dass auch der nach Litiskontestation eintretende dolus des Klägers zur Begründung der e. d. genüge. Ob sie beweist, dass die e. d. noch nach der Litiskontestation vorgebracht werden konnte, ist bestritten. E. d. m. posita kann m. E. hier nur heissen: wenn oder dadurch dass die e. d. eingefügt war.

Recht bezeichnend ist endlich Ulpians Entscheidung in l. 23 § 3 D. 12. 6, Ulp. l. 43 ad Sab.

Ulpian behandelt im zweiten Teile der Stelle den Fall, dass jemand nach Litiskontestation einen Vergleich abgeschlossen hat. Der Beklagte kann dann die e. d. gebrauchen, weil der Kläger dolos handele, dolos nicht im Augenblick der Litiskontestation, sondern jetzt durch Fortsetzung des bereits angefangenen Verfahrens in iudicio. — Von einer nachträglichen Inserierung der e. d. enthält die Stelle nichts.

Vielmehr zeigt gerade der erste Fall, dass eine derartige nachträgliche Einrückung nicht möglich sei. Der Beklagte hatte die Einrede des Vergleiches nicht in iure vorgebracht und das Urteil besteht jetzt zu Recht; nur was der Beklagte auf Grund des Vergleiches geleistet hat, kann er zurückfordern. Was die Stelle beweist ist also, dass die e. d. g. jeden dolus bis zum Urteile hin, also auch den nach der Litiskontestation eingetretenen rügt, ohne dolus im Augenblicke der Litiskontestation zu verlangen.

Schliesslich sei noch zur Vergleichung über das Verfahren bei der a. de peculio auf l. 21 § 3 D. 15. 1, Ulp. l. 29 ad Ed. hingewiesen.

Wo also die Berücksichtigung des dolus schon von selbst im offic. iud. liegt, muss auch der nach Litiskontestation eingetretene dolus in Rechnung gezogen werden. Der Schluss darauf, dass dies auch der Fall sei, wenn die Berücksichtigung des dolus dem Richter ausdrücklich vorgeschrieben sei, ist m. E. ein zwingender.

Fassen wir also das Ergebnis kurz zusammen: Dolus in dem Sinne, dass der Kläger im Augenblicke der Litiskontestation um den gegnerischen Anspruch weiss, ist nicht erforderlich zur Begründung der e. d.

Der Kläger handelt vielmehr dolos wenn er die in iudicio spezialisierte Einrede des Beklagten nicht berücksichtigt.

Eines Nachweises des dolus seitens des Beklagten bedarf es nicht.

Die e. d. g. umfasst auch erst nach der Litiskontestation entstandene Einreden.

§ 3.

3. Kondemnationsminderung durch e. d.

Ueber die Frage, ob die e. d. kondemnationsmindernd wirken könne, ist in der neueren Litteratur ein lebhafter Streit geführt worden, in dem das Für und Wider nach allen Seiten erörtert ist. Während sich Ubbelohde ipso iure compensatur S. 119 fg., bes. S. 131. 137, Keller Civilprozess 2. Aufl. § 36 und Dernburg Komp. I. Aufl. § 22 S. 218—40 (2. Aufl. § 23—25 S. 199 fg.) mit Lebhaftigkeit für die mindernde Wirkung der e. d. ausgesprochen, verwerfen dieselbe ebenso energisch Krug Komp. § 18 S. 49 fg., Brinz

Komp. § 18—24 S. 58 fg., S. 65. 70, Bethmann-Hollweg im Rh. Museum I. 4. Heft S. 270 fg. und Eisele Komp. § 8 S. 67 fg. Pernice Labeo II S. 126—143 nimmt für die Kondemnationsminderung nur eine grosse Wahrscheinlichkeit in Anspruch.

1. Prüfen wir das Anwendungsgebiet für die aufgeworfene Frage.

Wir werden finden, dass man ihr jedenfalls nicht die Bedeutung beimessen kann, die ihr im allgemeinen zugesprochen wird. Ist es nämlich richtig, dass Bewusstsein der Rechtswidrigkeit bei Klaganstellung nicht erforderlich ist, um die e. d. zu begründen, dass der Kläger dafür aber erst nach Litiskont. den Gegenanspruch des Beklagten zu erfüllen braucht, so ist das Bedürfnis nach Kondemnationsminderung auf ein geringes Gebiet beschränkt. Deshalb finden wir die Frage auch bei den römischen Juristen nicht ex professo behandelt.

Bietet der Kläger die Gegenleistung nicht an, so wird er mit seiner Klage abgewiesen. Es kommt zu keiner Kondemnationsminderung. So ist es noch zu Papinians Zeit l. 94 pr. D. 46. 3. Ulpian (l. 76 ad Ed.) berichtet uns dasselbe für die arbitria l. 4 § 9 D. h. t.

Bietet der Kläger die Gegenleistung und Beklagter seinerseits die ihm obliegende Zahlung an, so bleibt das Hin- und Herzahlen für den sich kompensierenden Betrag natürlich ausgeschlossen und Beklagter leistet die überschiessende Summe. Handelt es sich um ungleichartige Ansprüche, so bietet Beklagter die in Geld umgerechnete und durch seinen Gegenanspruch geminderte Leistung an. Will der Kläger diese nicht annehmen, sondern das Ganze haben, so steht ihm die e. d. entgegen.

Dies Verfahren berichtet uns ausdrücklich Julian in l. 14 § 2 D. 13. 1.

Will oder kann der Beklagte die überschiessende Summe nicht leisten, so erfolgt nach den bisher dargestellten Grundsätzen Verurteilung ins Ganze. Kläger begeht keinen dolus, da er seine Leistung anbietet. Dass er wirklich leistet, kann man ihm nicht zumuten: magis est retinere, quam solutum repetere. Solange es sich nun um Böswilligkeit des Beklagten handelt, ist dies Resultat auch nicht unbillig und passt vortrefflich in das ganze System der Prozessstrafen, mit welchen die Römer den Chikaneur belegten. Wenn aber

der Beklagte nicht leisten kann, erscheint es der aequitas, deren Organ ja die e. d. ist, angemessener, dass Beklagter nur zum Teile verurteilt wird. Es würde ein allzugrosses Missverhältnis zwischen Zweck und Mittel entstehen.

2. Prüfen wir zunächst, ob wir ausserhalb des Gebietes der e. d. Entscheidungen haben, welche Rückschlüsse für die Beantwortung unserer Frage gestatten. Die Grundsätze der a. es b. f. dürfen wir freilich nicht analog verwerten wollen.

Bei diesen geht der klägerische Antrag überhaupt nicht auf etwas fest bestimmtes, die Klage ist eine actio incerta und lautet auf quicquid oder quantum dare facere oportet. Von einer Minderung der Kondemnation kann hier natürlich gar nicht die Rede sein. Wohl finden wir bei einigen e. es in factum Kondemnationsminderung beglaubigt. Bei der e. Sct. Vellejani in l. 17 § 2 D. 16. 1, African l. 4 quaest. und bei der e. Sct. Macedoniani in l. 1 § 3 l. 2 D. 14. 6, Ulp. l. 29. 64 ad Ed., vgl. die ausführliche Darstellung bei Dernburg Komp. § 24. Sonst lässt sich kein Anhaltspunkt für die Wirkung der e. d. gewinnen.

3. Im Gebiete der e. d. selbst beobachten wir folgende Entwicklung. Bis spät in die klassische Zeit wirkt die e. d. nicht kondemnationsmindernd, dies entspricht der Logik der als Bedingung formulierten exceptio, dies entspricht der Wortinterpretation der älteren römischen Jurisprudenz. Julian kennt die Kondemnationsminderung bei den a. es stricti iuris noch nicht. Das beweist die in dieser Lehre noch nicht benutzte l. 11 § 4 D. 27. 6, Ulpian (l. 35 ad Ed.). Die für eine ungültige Ehe bestellte Dos kann selbstverständlich kondiziert werden. Nur kann der vermeintliche Ehegatte Abzüge machen, als wäre die Ehe wirklich zu Stande gekommen. Wird er aufs Ganze verklagt, so wird der Kläger ganz abgewiesen, selbst wenn nur ein Teil der Dos retiniert werden kann.

Ebenso berichtet Ulpian in l. 2 § 7 D. h. t. eine Entscheidung Julians, in der dieser die mindernde Wirkung der e. d. verneint.

Jemand hat einen Statu liber als Sklaven gekauft. Der Statu liber bietet nun die ihm zur Erlangung der Freiheit auferlegte Leistung an. Dem Käufer bleibt nichts übrig, als diese Leistung anzunehmen, da die Bedingung bei Weigerung der Annahme doch als erfüllt angesehen würde. In

dem Empfang der Leistung darf nun kein Verzicht auf den Entwehrungsanspruch gesehen werden. Man könnte ja folgendermassen argumentiren: In der Annahme des condicionis implendae causa oblatum liegt die Erklärung, dass man damit einverstanden sei, an Stelle des Sklaven die in der Bedingung ihm auferlegte Leistung zu haben. Und dann kann man selbstverständlich die Entwehrungsklage nicht anstellen.

Diese Schlussfolgerung wäre aber im vorliegenden Falle nicht richtig, da der Käufer gezwungen ist die Leistung des Statu liber anzunehmen. Sie ist richtig im Falle der l. 3 eod. Paulus l. 71 ad Ed. Der Statu liber ist noch nicht tradiert und erfüllt die ihm gemachte Auflage dadurch, dass er dem Verkäufer zahlt. Klagt nun der Käufer auf Leistung dessen, was an Stelle des Sklaven getreten ist, so erklärt er damit, dass er mit der Thatsache der Entwehrung einverstanden sei und kann die Entwehrungsklage nicht mehr anstellen (e. d.), muss die Stipulation auf Verlangen acceptoferieren.

Grade dass die Entscheidung der l. 3 an die der l. 2 § 7 angeschlossen ist, zeigt uns, dass die Schwierigkeit der l. 2 § 7 in der Frage nach der Schlüssigkeit der klägerischen Handlung liegt. Dasselbe zeigt uns der Umstand, dass die der l. 2 § 7 vorhergehende Stelle von stillschweigendem Verzicht handelt. (Anders Dernburg Komp. § 25.)

In soweit gehört die Entscheidung in § 6 S. 19 fg. über konkludente Handlungen.

In ihrer prozessualen Wirkung jedoch zeigt sie, dass Julian keine Kondemnationsminderung kennt. Der Kläger muss das cond. impl. causa datum abziehen, um nicht vollständig abgewiesen zu werden. Verlangt er das Ganze, so wird er mittels e. d. vollständig zurückgewiesen.

Wenn Ulpian die Entscheidung Julians ohne Zusatz aufnimmt, so billigt er damit die prozessuale Seite derselben m. E. nicht. Es kommt ihm hier lediglich darauf an ein Beispiel für die Frage zu bringen, wann man eine Handlung als durchaus schlüssig hinstellen könne, wann nicht. Gajus IV. § 115—120 erwähnt die mindernde Wirkung der e. d. ebenfalls nicht. Sie mag aber für die abitria etwa seit Celsus bestanden haben. Dieser erwähnt sie wenigstens in l. 38 D. 6. 1. Für die a. ex stricti juris besteht sie mindestens seit Paulus; vgl. l. 9 § 1 D. 12. 4, l. 85 D. 30, l. 20 pr. D. 40. 7 und die zahlreichen bei Dernburg Komp. § 25 zitierten Stellen.

Wenn sich dort auch vielleicht l. 16 D. 35. 2, Scaevola l. 3 quaest. l. 88 D. eod., African l. 5 quaest. l. 43 D. 13. 7, Scaevola l. 5 dig. ohne die Annahme einer Kondemnationsminderung erklären lassen, so ist dies doch den übrigen Stellen gegenüber vollständig ausgeschlossen und wir kommen zu dem Ergebnis, dass die spätklassischen römischen Juristen die Minderung durch e. d. anerkannt haben.

II. Teil.

Anwendungen der e. d. g. im römischen Recht.

I. Kapitel.

Durchführung allgemeiner Grundsätze.

§ 4.

I. Konvalescenz ungiltiger Rechtsgeschäfte.

Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere l. 29 D. 50. 17. Dieser Satz ist der älteren römischen Jurisprudenz so ganz aus dem Herzen geschrieben. Erhalten ist er uns freilich als ein Ausspruch von Paulus l. 8 ad Sab. Dass er aber ein Grundsatz des alten Civilrechts ist, zeigt uns einmal, dass er in speziellen Anwendungen lange vor Paulus formuliert war; man denke nur an die regula Catoniana — ferner dass er zu Paulus Zeit überhaupt nicht mehr durchgreifende Geltung beanspruchen kann.

In der Kaiserzeit brach sich nämlich ein neuer Rechtsgedanke Bahn. Mängel des Rechtsgeschäftes können geheilt werden. Das Mittel zur Durchführung bot die exc. dolis. Zwei charakteristische Anwendungen stehen mir zu Gebote.

I. Eine ungiltige Schenkung wird mittels e. d. als donatio mortis causa giltig.

II. Die e. rei venditae. Nur die erstere Anwendung will ich hier behandeln, die zweite eignet sich zur Darstellung besser im 3. Kapitel.

Die Proculianer hatten im Gegensatze zu den Sabinianern die Anschauung verteidigt und zum Siege gebracht, dass die e. legis Cinciae auch noch vom Erben des Schenkers vorgeschützt werden konnte. Vat. frag. § 266 i. f., Ulpian l. 1 ad Ed. de reb. cred. Dieser Satz wurde freilich dadurch abgemildert, dass die Schenkung bei unzweifelhaftem Willen des Schenkers als donatio mortis causa aufrecht erhalten wurde. Das Mittel hierzu bildete die replicatio doli. Vat. frag. § 266. 294. 312.

Die Formulierung, dass die Schenkung wegen der Fortdauer des Willens des Schenkers Geltung gewinne, war für die römischen Juristen lediglich ein Versuch die e. d. dogmatisch zu erklären. Sie zogen keine Konsequenzen aus der Aufrechterhaltung der Schenkung als donatio mortis causa. Sonst wäre sie ja einem Latinus Junianus gegenüber, der nur commercium unter Lebenden hatte, unverwendbar gewesen. Papinian l. 12 Resp. in § 259 Vat. frag. bestätigt ausdrücklich die Zulässigkeit der e. d. auch zu Gunsten des Latinus.

Fraglich mag es erscheinen, ob das gegen die l. Cincia verstossende Geschäft durch die e. l. Cinciae anfechtbar oder nichtig ist, ob also der eben behandelte Anwendungsfall der e. d. wirklich zur Konvaleszenz ungiltiger Geschäfte gehört, da sich auf die e. legis Cinciae jeder berufen kann. — Ulp. l. 1 ad Ed. in § 266 Vat. frag. sagt: quasi popularis sit haex exceptio wird wohl die Annahme der Nichtigkeit angemessen sein.

Die Fortbildung der e. d. führte jedenfalls zur Konvaleszenz einer absolut nichtigen Schenkung, der Schenkung unter Ehegatten bei perseverantia voluntatis defuncti donatoris durch die oratio Severi et Antonini.

Hierbei vermute ich folgenden historischen Zusammenhang.

Die oratio divi Severi bestimmte, dass die Einrede des dolus, wie sie bei Andauer des Willens des Schenkers bei einer nach der l. Cincia ungiltigen Schenkung gegeben werde, um die Schenkung als solche von T. W. aufrecht zu erhalten, dass diese e. d. auch bei der ungiltigen Schenkung unter Ehegatten eintrete, wenn der Schenker bis zu dem Tode seinen Willen nicht geändert habe. Dies hatte zur Folge, dass sich diese Konvaleszierung der Schenkung nur auf die rerum donatio bezog. Der Schenker hatte bei der Schenkung unter Ehegatten nach Civilrecht die rei vindicatio, der

Beschenkte nach der oratio die e. d. Bei Schenkung durch Bestellen einer Forderung hatte der Beschenkte keine actio nach Civilrecht, weil die Schenkung absolut nichtig war, die e. d. nach der oratio konnte ihm nichts helfen, da es zu keiner Klage kam.

Das lag anders bei der nach der l. Cincia ungiltigen Schenkung. Der Beschenkte hatte eine actio, die Erben des Schenkers exc. l. Cinciae, der Beschenkte repl. doli. Das Resultat der oratio divi Severi war also Konvaleszens der Schenkung, welche in dem Geben von Sachen (oder dinglichen Rechten) bestanden, nicht aber Konvaleszens der in Bestellen eines Forderungsrechts bestehenden Schenkung. Dies enthält denn auch l. 23 D. 24. 1, Ulp. l. 6 ad Sab.

Das zeigen auch die beiden anderen Stellen des Corpus iuris, welche die or. divi Severi enthalten; l. 3. C. 5. 16, Antonin. a. 214.

Ich mache darauf aufmerksam, dass die Stelle nur von der durch Hingabe von Sachen geschehenen Schenkung, also der rerum donatis handelt. Ebenso gibt l. 10. C. eod. Gordianus a. 244 als Geltungsgebiet der orat. divi Severi nur die rerum donatio an.

Das Resultat der or. Severi war also ein unbefriedigendes. Nur die rerum donatio konvaleszierte. Antonin (Caracalla), der Sohn des Severus, griff ein.

Jede Schenkung sollte konvaleszieren. Das Schenkungsversprechen also wurde klagbar gemacht. Der Gedanke, welcher der e. d. zu Grunde lag, zur Schöpfung einer actio verwandt. Somit ging Antonin über das Anwendungsgebiet der e. d. hinaus; l. 32 § 1. D. 24. 1, Ulp. l. 33 ad Sab. betont ausdrücklich: Oratio autem imperatoris nostri (Antonini) de confirmandis donationibus non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum et uxorem factas, ut et ipso iure res fiant eius, cui donatae sunt, et obligatio sit civilis. Wozu diese besondere Betonung, dass sich die oratio Antonini nicht nur auf die rerum donatio bezieht? Wozu überhaupt die ganze oratio Antonini, wenn sie nichts neues gegenüber der oratio Severi enthielt? Der Grund ist soeben dargelegt, auch das Schenkungsversprechen ist klagbar. Der neue Rechtsgedanke, der in der oratio Severi enthalten, emanzipiert sich von der Bevormundung durch die e. d., wird selbstständig, wird nicht nur einredeweise auch klagweise geltend gemacht. Derart ist m. E. die noch nicht gelöste Streit-

frage, ob sich die Konvaleszens der Schenkung unter Ehegatten auf alle Schenkungen bezieht oder nur auf die rer. donatio zu lösen. Anders Dernburg III § 24, Windscheid § 509. 35.

Es ist natürlich, dass die römischen Juristen vielfach Streitfragen in Analogie an die e. d. als exc. voluntatio defuncti zu schlichten suchten, trotzdem Antonin Konvaleszens ipso iure vorgeschrieben hatte. Das beweist l. 32 § 3 D. 24. 1, Ulp. l. 33 ad Sab. Bei Untersuchung der Frage, welches der Wille des Verstorbenen, besonders also ob die Schenkung nicht etwa irgendwie widerrufen sei, solle man dieselben Grundsätze anwenden wie bei Vermächtnissen, wenn es sich darum handele, den erbl. Willen mittelst e. d. durchzuführen. Und im § 5 gibt Ulpian eine Entscheidung, in der er die Fortdauer des Willens des Schenkers mit e. d. zur Durchführung bringt. Hat ein Ehegatte seiner Frau eine mit Pfand belastete Sache geschenkt oder eine ihr geschenkte Sache mit einem Pfand belastet, ohne deshalb die Schenkung zu widerrufen, so hat die Frau nach dem Tode ihres Mannes gegenüber der rei vindicatio des Erben e. d., wenn sie bereit ist, die Pfandschuld zu tilgen.

Die Stelle wird noch ganz von dem Rechte der e. d. als exceptio voluntatis defuncti beherrscht, obwohl Ulpian im § 1 ausdrücklich gesagt hat, dass nach der oratio Antonini die Schenkung ipso iure konvaleszieren soll.

§ 5.

II. Der Formalismus im römischen Recht.

1. Konversion.

Dem altrömischen Formensinn erschienen Inhalt und Form eines Rechtsgeschäftes als untrennbar verbunden. Für jedes Rechtsgeschäft bestand seine bestimmte Form; ein Rechtsgeschäft wollen hiess zugleich eine bestimmte Form anwenden wollen. Nichtwollen der Form war Nichtwollen des Geschäftes; vgl. Jhering, Geist II § 45.

Daher blieb dem älteren römischen Recht der Gedanke der Konversion fremd. Der historische Durchbruchspunkt hierfür ist die Aufrechterhaltung der acceptilatio als pactum

de non petendo mittels exc. doli vel pacti. Als ersten Gewährsmann sehen wir Julian l. 15 Dig., l. 5 pr. D. 18. 5. Er gibt zur Durchführung seines Gedanken e. pacti l. 56 § 4 D. 45. 1; vgl. § 3 J. 3. 15 Gajus? — Ulp. l. 2 Reg. in l. 19 pr. D. 46. 4 gibt e. doli in erster Linie. Ein Bedenken, das er l. 48 ad Sab. in l. 8 pr. D. 46. 4 niedergelegt hat, mag ihn dazu veranlasst haben, der e. d. den Vorzug vor der e. pacti zu geben.

Ulpian lässt dieser Stelle nach die Konversion nicht eintreten, weil sie dem vermeintlichen Parteiwillen entspricht, sondern kraft Rechtssatzes. Mag auch die Partei behaupten die acceptilatio nur abgeschlossen zu haben, weil sie nichts dabei einzusetzen hatte, weil sie die Ungiltigkeit des Geschäftes in dieser Form kannte, so wird doch das Geschäft als pactum aufrecht erhalten.

Noch ein ferneres Bedenken mag mitgewirkt haben. Pernice Labeo I S. 405 fg. macht darauf aufmerksam, dass die acceptilatio nur für einseitige Verträge berechnet ist, hier es sich aber um gegenseitige handelt. Die Acceptilatio hebt dann den gesammten Vertrag auf l. 23 D. 46. 4.

Weitere Anerkennung hat sich die Konversion im römischen Recht so gut wie gar nicht verschaffen können. Der Fall, dass ein gewöhnliches Testament eines Soldaten bei formellen Mängeln als Soldatentestament aufrecht erhalten werden soll, hängt zu eng mit den Sonderrechten der Soldaten zusammen, als dass man darin ein Vordringen des Gedankens der Konversion erblicken könnte. Den Gegenbeweis erbringen die Vorschriften, dass kein ungiltiges Testament als Codicill, keine ungiltige Stipulatio als constitutum debiti aufrecht zu erhalten sei.

Der Grund, weshalb die römischen Juristen die Konversion nicht im weiteren Umfange anerkannten, ist m. E. der, dass sie stets das Erfordernis der besonderen Form für jedes Rechtsgeschäft beibehielten. Der altrömische Gedanke, dass Form und Inhalt des Rechtsgeschäftes nicht von einander zu trennen seien, ist von den klassischen Juristen nicht aufgegeben.

Die Form ist wesentlicher Bestandteil des Rechtsgeschäftes. Dieses steht und fällt mit ihr.

Erst die mittelalterliche Entwickelung brachte eine andere Auffassung der Form.

Mit dem Kampf und dem schliesslichen Siege über die Form Hand in Hand geht die Auffassung, dass sie etwas

lediglich zufälliges sei, dass sich sehr wohl der Wille aufrecht erhalten lasse, wenn auch in der gewählten Form Fehler seien. Der heutigen weiteren Ausdehnung der Konversion steht somit m. E. nichts entgegen.

§ 6.

2. Willenserklärung durch konkludente Handlung.

Die Thatsache, dass die Römer besonders im Vertragsrecht daran festhielten, dass nur der förmliche Akt ein Rechtsgeschäft sei, ist zu allgemein anerkannt, als dass es hier eines besonderen Nachweises bedürfte.

Ausnahmen schuf aber hauptsächlich das prätorische Recht. Es erkannte auch den formlosen Vertrag im allgemeinen freilich nur als rechtsaufhebenden Akt an, das pactum de non petendo. Rechtserneuernd wirkt es replicando.

Die Bedeutung der e. d. besteht in dieser Materie darin, dass sie die Möglichkeit der stillschweigenden Willenserklärung zur Anerkennung gebracht hat.

Der Vertragsschluss durch konkludente Handlung ist durch sie eingeführt worden.

Noch Labeo weiss nichts von einem tacite convenire l. 2 D. 2. 14 Labeo ait convenire posse vel re vel per epistulam vel per nuntium inter absentes quoque posse.

Paulus fügt nun hinzu: sed etiam tacito consensu convenire intelligitur.

Die e. d. steht also hier als subsidium e. is pacti.

Es ist schwierig die e. d. in dieser Anwendung zu konstruieren. Soll man sie auf den Parteiwillen oder auf Rechtsvorschrift gründen? Ich neige zu letzterem. Die Parteien haben an die rechtliche Wirkung, welche die e. d. vermittelt, vielleicht gar nicht gedacht. Das braucht nicht Mangel an Sorgsamkeit oder Fähigkeit gewesen zu sein. In den meisten Fällen ist es undenkbar, dass die Parteien alle Möglichkeiten vorhersehen (vgl. Dernburg I § 174. 5). Stützt man nun die e. d. auf den mutmasslichen Willen der Partei, d. i. auf das, was die Parteien gewollt haben würden, wenn sie an den Fall gedacht hätten, so sagt man damit schon: Auf etwas, das die Parteien nicht gewollt haben, da sie nicht daran dachten. Das heisst man gründet sie nicht auf den Willen der Partei, sondern auf Rechtsvorschrift des Inhalts: Man muss das, was nach Treu und

Glauben als Konsequenz einer Willenserklärung angesehen wird, gegen sich unbedingt gelten lassen, wenn man die Konsequenz nicht ausdrücklich ausgeschlossen hat.

Einen interessanten Beleg hierfür bietet l. 4 § 5 D. h. t. Ulpian l. 76 ad Ed.

Weiss jemand um die Fehler eines Kaufobjektes und kauft trotzdem, so verzichtet er damit auf Geltendmachung der Fehler l. 27 C. 8. 44, vgl. l. 48 § 4 D. 21. 1 Pompon. l. 23 ad Sab. Doch kann er den Verzicht durch ausdrücklichen Vorbehalt der Rechte ausschliessen.

Ein solcher Vorbehalt liegt nun z. B. in der besonderen Stipulation fugitivum non esse. Die a. emti kommt durch den Vorbehalt freilich nicht zur Entstehung; denn sie tritt nur bei wissendem Verschweigen der Fehler seitens des Verkäufers ein und bei ausdrücklicher Garantieabrede, die formlos einen Teil des Kaufvertrages bildet; vgl. l. 6 § 4, l. 13 § 3 D. 19. 1. Die formelle Uebernahme durch Stipulation dagegen gab actio ex stipulatu l. 4 § 5 D. h. t.

Das Quellenmaterial gruppiere ich nach dem Willensinhalt der konkludenten Handlung, je nachdem ein obligatorisches oder ein dingliches Recht aufgehoben werden soll. Danach unterscheidet sich auch die Wirkung des Erlasses für dritte.

A. Erlass eines obligatorischen Rechtes.

Der in einer schlüssigen Handlung zu Tage tretende Erlasswille kann ein dauernder sein; dann hat die e. d. die Funktion ein p. de non petendo in perpetuum zur Geltung zu bringen. Der Wille kann auch als der Dauer nach zeitlich begrenzter in die Erscheinung treten — die e. d. vertritt e. p. de n. pet. in tempus —; er kann endlich als bedingter uns entgegentreten; die e. d. vertritt die e. p. de n. p. sub condicione.

1. Ein Fall für das konkludente pact. de n. pet. in perpetuum enthält l. 23 pr. D. 4. 8, Ulp. l. 13 ad Ed. Ulp. l. 74 ad Ed. gibt uns in l. 2 pr. D. 2. 11 ein anderes Beispiel.

Auch l. 34 § 2 D. 31 modestin l. 10 Resp. erwähnt die e. d. in dieser Funktion, ebenso l. 13 D. 22. 1.

Scaevola l. 1 Resp., l. 2 § 7, l. 3 D. h. t. ist schon oben § 3 S. 11 fg. behandelt worden

2. Von dem Erlasse auf Zeit spricht l. 57 pr. D. 2. 13, Florentin l. 8 Institution. Die e. d. wirkt also hier dilatorisch. Eine Anwendung der in l. 57 pr. cit. enthaltenen Regel zeigt l. 2 § 6 h. t., Ulp. l. 76 ad Ed.

In diesen Zusammenhang gehört auch l. 13 D. 23. 3 Modestin l. singulari de differentia dotis. Kehrt eine geschiedene Frau zu ihrem Manne zurück, ehe sie von ihm ihre Dos, in unserem Falle mit der actio ex stipulatu, eingeklagt hat, so bestellt sie dieselbe ihm neu und verzichtet damit für die Dauer der neuen Ehe auf Geltendmachung der a. ex stipulatu lautend auf Herausgabe der Dos. Vgl. l. 64 D. eod.

3. Ein pactum de non pet. sub. condicione enthält Gajus III 179. Bedingte Novation einer Forderung bewirkt, dass bis zur Erfüllung der Bedingung aus der alten Forderung nicht geklagt werden kann.

Hierher möchte ich auch die exc. der l. 40 D. 24. 3 Pap. l. 28 quaest. stellen. Ist von dem Vater der Braut eine Dos bestellt und die Ehe geschlossen, so können über Rückforderung der Dos nur Vater und Tochter gemeinsam verfügen, da sie gemeinsam den Rückgabeanspruch haben. Lässt sich trotzdem der Vater allein die Rückgabe stipulieren, so kann dieser Vertrag nur dann als giltig betrachtet werden, wenn er von den Parteien im Hinblicke darauf gesehen ist, dass der Vater später eventuell, nämlich bei Tod der Tochter nach unbeerbter Ehe, allein über die Dos zu verfügen berechtigt sei. So muss er aber auch ausgelegt werden, da sonst seine Giltigkeit nicht zu retten ist quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res q. d. a. in tuto sit. Ulpian l. 74 ad Ed. l. 80 D. 45. 1.

Damit ist aber auch gegeben, dass nicht vom Vater allein gefordert werden kann, solange die Tochter lebt, da stillschweigend ein pactum de non petendo sub condicione abgeschlossen ist.

B. Verzicht auf ein dingliches Recht.

Der Natur des dinglichen Rechtes entsprechend hat auch der Verzicht auf das dingliche Recht absolute Wirkung.

Es wird zwar in der Regel einer bestimmten Person gegenüber erklärt, jeder aber, gegen den der dingliche Anspruch in einem konkreten Falle geht, muss sich zu seinem

Schutze auf den Verzicht berufen können, wenn der Erlassvertrag auch nicht mit ihm geschlossen ist.

1. Von Wichtigkeit ist dieser Grundsatz besonders bei dem Verzicht auf dingliche Rechte an fremder Sache.

Willigt z. B. der Niessbrauchberechtigte dem Eigentümer gegenüber vorbehaltlos in den Verkauf der belasteten Sache ein, so verzichtet er auf den Niessbrauch und jeder mit der vindicatio ususfructus belangte kann sich darauf berufen; l. 4 § 12 D. h. t. Ulp. l. 76 ad Ed.

Für das Pfandrecht enthält diesen Satz l. 4 § 1 D. 20. 6, Ulp. l. 33 ad Ed.; vgl. l. 11 eod.

Als besondere e. in factum ist unsere e. d. charakterisiert bei Marcian: l. 8 § 9 D. 20. 6.

„Si non voluntate creditoris veniit.“ Wie gemäss dem Satze fundus cum sua causa transit die dingliche Belastung auf jeden Erwerber mit übergeht, so erwirbt dieser andererseits auch jede dieser Belastung entgegensehende e.; auch sie gehört zur causa.

Wird ein Niessbrauch der Ausübung nach übertragen, so steht der Klage des früheren Berechtigten e. d. entgegen l. 4 D. 46. 2, Ulp. l. 5 ad Sab. Diese e. d. muss nach Verschiedenheit des Falles in zweierlei Weise konstruiert werden.

a. Dem Eigentümer gegenüber steht die e. d. auf Grund-Reflexwirkung.

Wegen der Uebertragung der Ausübung erwirbt der Proprietar gegen den Veräusserer e. d.

b. Beim Niessbrauch an Forderungen erwirbt der Schuldner e. d. gegen den Veräusserer des Niessbrauchs auf Grund der Delegation.

In der Delegation liegt Verzicht seitens des Veräusserers auf Geltendmachung seines Ususfructus.

2. Zeitweiliger Verzicht auf Geltendmachen eines dinglichen Rechtes liegt in l. 7 § 3. i. f. D. 23. 3, Ulp. 31 ad Sab. vor.

§ 7.

3. Analoge Fälle.

Zwei Entscheidungen sind noch von besonderem Interesse für diese Materie. Die erste von Paulus l. 3 ad Ed. in l. 27 § 5 D. 2. 14 zeigt uns, dass die römischen Juristen auch

für den formlosen Erlassvertrag eine gewisse Korrespondenz mit dem Begründungsakt verlangten. Das Bedenken gegen die e. pacti liegt offenbar darin, dass die Parteien irrtümlich bei dem Erlasse eine Schuld von 20 voraussetzen, während nur eine Schuld von 10 besteht, und nunmehr das pactum dem Verpflichtungsakt nicht mehr ganz entspricht.

In l. 91 D. 46. 3 Labeo l. 6 Pithanon a Paulo epitomat. sehe ich den Grund für die e. d. statt der zu erwartenden e. pacti darin, dass das Versprechen nicht einzuklagen vor der Eingehung der Obligation lag.

Wenn die Glosse die e. d. auf das zu Grunde liegende Mandat gründet, so ist dem kaum beizutreten. Die Aufforderung statt eines anderen Schuldners die Verpflichtung zu übernehmen bewirkt nicht e. d. gegen die Schuld des Neueingetretenen. Sonst könnte ja kein Gläubiger sich nach einem anderen, natürlich besseren Schuldner umsehen, ohne damit seine Forderung zu verlieren.

Er würde doch dem Neueintretenden sagen: Uebernimm du die Schuld, und dann aus dem Mandat haften.

Die e. d. gründet sich vielmehr auf die Zusicherung, dass die Uebernahme der Schuld nur zum Scheine geschehen solle — pact. de non petendo.

§ 8.

4. Widerruf einer letztwilligen Verfügung.

Dem Rechtsgedanken, den die e. pacti unterstützt durch die e. d. im Vertragrecht zur Durchführung brachte, verschaffte die e. d. Anerkennung bei letztwilligen Verfügungen. Auch die formlose Willenserklärung wird zur rechtlich bedeutungsvollen, freilich nur zum Zwecke der Rechtsaufhebung zunächst. Doch hat sich hier schon bald auch der formlose Akt als rechtsbegründend durchgesetzt, ich erinnere nur an das Fideicommiss und die Vorschrift des Sct. Neronianum.

Bei der Frage, wie weit formloser Widerruf bei Verfügungen auf Todesfall wirke, nehmen die römischen Juristen einen verschiedenen Standpunkt ein, je nachdem es sich um Erbeinsetzungen oder sonstige Verfügungen bes. Legate handelt.

1. Beim Legat genügt jede irgend wie zu Tage getretene Willensänderung zur Begründung der e. d. Ja in gewissen Fällen wird die Willensänderung lediglich vermutet.

Als grundlegend für diese Funktion der e. d. betrachte ich l. 3 § 11 D. 34. 4 Ulp. l. 25 ad Sab.

Beiläufige Erwähnung findet unsere exceptio in l. 32 § 3 D. 24. 1, Ulp. l. 33 ad Sab. l. 26 D. de leg. 2, Marcell. l. 16 Dig. und l. 36 § 3 D. 29. 1, Paul. l. 6 Resp.

Die Entscheidungen des Corpus juris lassen sich folgendermassen gruppieren:

I. Einfache ademtio legati liegt vor im Falle der Veräusserung der vermachten Sache. Gajus II 198. Rückkauf lässt die e. d. dann erlöschen, wenn er in der Absicht geschieht, das Legat wieder erstehen zu lassen; l. 15 D. 34. 4, Paul. l. sing. de assignat. libert.

Teilweise Veräusserung bewirkt teilweisen Widerruf des Vermächtnisses l. 34 § 1 D. 34. 2, Pomponius l. 9. ad Quint. Der Veräusserung ist Freilassung eines vermachten Sklaven gleich zu erachten l. 46 § 5 D. 40. 5, Ulp. l. 6 Disp.

2. Von der e. d. wegen translatio legati spricht Valens l. 1 Fideicom. l. 89. i. f. D. 35. 1.

Auch Scaevola l. 20 Dig. erwähnt sie l. 30 § 1 D. 34. 4, ohne jedoch eine Entscheidung über sie zu fällen, da er nicht vom Legat, sondern vom Fideikommiss handelt.

II. Beim Testament begründet nicht jede Willensänderung die e. d. gegen den eingesetzten Erben. Man könnte zwar versucht sein dies aus l. 4 § 10 D. h. t. zu schliessen.

Die Fassung der Stelle ist jedoch eine zu allgemeine. Paulus l. 6 Resp. in l. 36 § 3 D. 29. 1 belehrt uns, dass einfache Erklärung, man möchte das Testament als nicht errichtet betrachten, die e. d. nicht begründet. Papinian l. 6 Resp. führt aus, dass selbst Anfang der Errichtung eines neuen Testaments die Erbeinsetzung des früheren Testamentes nicht aufhebt, wohl aber die e. d. gegen die Legatklagen aus der früheren Verfügung begründen kann l. 22 D. 34. 4.

Die e. d. gegen den Erben ist vielmehr nur dann begründet, wenn die Willensänderung des Testators entweder zu einer anderweiten, perfekten Verfügung über das Vermögen geführt hat — l. 11 § 2 D. 37. 11, Papinian l. 13 quaest. erwähnt als Beispiel Arrogation — oder der Testator auf die Testamentsurkunde selbst eingewirkt hat; l. 1 § 8 D. 38. 6, Ulp. l. 44 ad Ed.

III. Bedingung und Befristung.

In der Lehre von den Bedingungen hat die e. d. zwei verschiedene Aufgaben gelöst. Einmal hat sie die Zulässigkeit der Bedingung ausgedehnt, anderseits die Lehre von der Erfüllung der Bedingung bedeutend modifiziert; in der Lehre von der Befristung hat sie nur die Aufgabe gehabt, die Zulässigkeit derselben zu erweiteren.

§ 9.

I. Zulässigkeit der Bedingung oder Befristung.

Es ist bekannt, dass die Bedingung und Zeitbestimmung im älteren römischen Rechte nur in beschränktem Umfange statthaft war. Vgl. Dernburg I § 105, Wi. § 96. 6, 90. 4, 95. 2, Vat. frag. § 329 § 49. 50, Gajus III. 146.

Von der geschichtlichen Entwickelung ist wichtig für die Lehre der e. d. die Behandlung der auflösenden Befristung und Bedingung bei der Stipulation und jeder Nebenbestimmung bei Servituten.

1. In der Zufügung einer auflösenden Befristung bei der Stipulation sehen die klassischen Juristen ein pactum de non petendo sub condicione, halten sie also mittels einer e. pacti aufrecht; l. 56 § 4 D. 45. 1, Julian, ebenso § 3 J. 3. 15, Paulus l. 74 ad Ed. gibt neben der e. pacti noch e. doli l. 44 § 1 D. 44. 7.

Darin liegt ähnlich wie oben bei der Konversion § 5 S. 17 fg. folgende Entwicklung. Das ältere Recht erkannte den Willen der Partei überhaupt nicht als rechtswirksam an, das spätere Recht: wenn und soweit er die Gesetzesvorschrift ausser Kraft setzen will — e. p., — das jüngste Recht, also die e. d. sagt: Jede Berufung auf die civile Rechtsvorschrift ist unzulässig, insbesondere der Einwand, dass man nur mit Rücksicht auf die Ungiltigkeit des Willens nach altem Civilrecht die Nebenbestimmung getroffen habe. Die Befristung gilt nicht, weil die Parteien das alte Civilrecht haben abändern wollen — exc. pacti, sondern weil sie ganz ohne Rücksicht auf das ältere Recht ohne weiteres giltig ist — e. doli.

2. Von der auflösenden Bedingung bei der Stipulation spricht l. 44 § 2 D. 44. 7. — Paul. l. 74 ad Ed. hält sie mittels e. pacti vel doli aufrecht.

Gradenwitz Vorauss. S. 30 fg. und H. Krüger S. 177 fg. nehmen an, es handele sich in vorliegender Stelle um eine Suspensivbedingung, die lediglich an dem Formfehler leide, dass sie am Ende der Stipulationsfrage stehe statt am Anfange.

Die Bedenken gegen diese Erklärung sind m. E. von genannten Schriftstellern nicht entkräftet.

Zunächst setzt Paulus den § 2 in Gegensatz zu dem von der Resolutivbefristung handelnden § 1 der l. 44 D. 44. 7, sodass wir hier doch eine auflösende Bedingung vermuten können. Dann würde aber ein einer Stipulation in continenti zugefügtes pactum nicht mittels einer e. pacti, sondern ipso iure gelten; l. 40 D. 12. 1, Paul. l. 12 Quaest. Endlich behandelt Scaevola, allerdings nur für die stipulatio, nicht die sponsio, eine nach der Stipulationsfrage stehende Bedingung ohne weiteres als gültig; l. 129 D 45. 1. Ich denke mir den Fall, den Paulus in l. 44 § 2 cit. im Auge hat, folgendermassen. Die Parteien haben zunächst eine unbedingte Stipulation abgeschlossen. Später (post perfectum eam) fügen sie z. B. (veluti) in der Form einer neuen Stipulation eine Bedingung hinzu, ohne damit bekanntlich sofort eine Novation zu erreichen. Tritt dann diese Bedingung ein, so ist auch die erste Stipulation hinfällig, freilich nur ope exceptionis.

3. Die Statthaftigkeit der Bedingung und Befristung bei Servituten hat sich mittels e. pacti seit Sabinus durchgesetzt. Pap. l. 7 quaest. l. 4 pr. D. 8. 1. Die Konkurrenz mit der e. doli erklärt sich wohl wie unter 1. S. 25. Javolen l. 10 ex Cassio l. 13 pr. D. 8. 3 gibt lediglich exc. doli.

Zuweit gegangen ist es m. E., wenn H. Krüger S. 183 fg. aus der Interpolation in contrahenda servitute die ganze Entscheidung der Stelle Justinian zuschreibt. Der angebliche circulus vitiosus ist, meine ich, überhaupt nicht vorhanden. Die Stelle soll nämlich sagen: Eine Servitut kann nur einem Grundstück, nicht seiner Superficies erworben werden, sonst ist sie nichtig. Deshalb müsste man den Ausdruck: für den Weinberg zuerst auslegen: für den fundus, nicht etwa für die superficies - dann aber: für die superficies, nicht für den fundus; denn die Parteien wollen die Giltigkeit nur, solange die superficies dieselbe ist.

Die Stelle erklärt sich einfach so: Wenn sich jemand eine Wegeservitut für seinen Weingarten bestellen lässt, so will er die Servitut dauernd haben. Den Ausdruck: Weingarten gebraucht er nur, um das Grundstück näher zu

bezeichnen, demonstrationis gratia, nicht weil er die Servitut beschränken will, bis das Grundstück aufhört Weingarten zu sein: ad solum magis quam ad superficiem pertinet (servitus). Aber die Parteien können das Gegenteil wollen: Sed si aliud actum erit, und dann wird mittels exceptio geholfen.

§ 10.

II. Erfüllung der Bedingung.

1. Eine Bedingung gilt kraft Rechtsvorschrift als erfüllt, wenn derjenige ihre Erfüllung unredlicher Weise hindert, der an der Nichterfüllung Interesse hat; l. 24 D. 35. 1, l. 161 D. 50. 17. Auch der umgekehrte Satz gilt. Die Bedingung wird als nichterfüllt angesehen, wenn ihre Erfüllung in unredlicher Weise durch denjenigen herbeigeführt ist, der an der Erfüllung Interesse hat. Die Durchführung dieses Gedankens findet sich vermittelt durch die e. d. bei Scaevola l. 28 Dig. und Paulus l. 15 Resp.

Scaevola entscheidet — l. 122 § 3 D. 45. 1 — folgenden Fall. Miteigentümer haben sich gegenseitig unter Konventionalstrafe Ankaufsrecht zu einem bestimmten Preis an dem ideellen Anteil eines jeden vorbehalten.

Ein Miteigentümer will veräussern, bietet den andern seinen Anteil zum Kaufe an, dieselben erklären sich nicht und der Miteigentümer verkauft an einen Fremden. Die Bedingung für den Vorfall der Strafe ist somit gegeben, aber sie ist unredlich, d. h. in einer dem Vertrage nicht entsprechenden Weise erfüllt worden und die e. doli hebt ihre Wirkung auf.

Auf demselben Gedanken beruht die Entscheidung der l. 54 § 1 D. 19. 2 Paul. Haben sich Mieter und Vermieter für den Fall, dass einer vor Ablauf der Mietzeit von der Miete zurückträte, eine Konventionalstrafe gegenseitig stipuliert, so verfällt diese auch, wenn der Vermieter den Mieter entsetzt, weil derselbe den Mietzins während zwei Jahren nicht gezahlt hat. Da aber der Mieter durch sein eignes Verhalten den Verfall der Konventionalstrafe hervorgerufen hat, so steht ihm e. d. entgegen.

H. Krüger S. 198 und Glück 4. 474 haben natürlich Recht, wenn sie die Entscheidung der Stelle als aus der

vermutlichen Absicht der Parteien fliessend erklären, nur ist damit für das Verständnis der e. d. nichts gewonnen.

Eine dritte Entscheidung, welche in diesen Zusammenhang gehört, sehe ich in l. 31 D. 4 8, Ulpian l. 13 ad Ed. Ein Schiedsspruch ist durch Bestechung oder dergl. seitens einer Partei herbeigeführt. Hält sich infolgedessen die andere Partei an den Spruch nicht gebunden und klagt aus dem ursprünglichen Rechtsverhältnis, so verfällt die Konventionalstrafe, denn die Bedingung derselben — Ausseracht lassung des Schiedsspruches — ist eingetreten.

Die e. d. rügt jedoch, dass der Anlass zur Erfüllung der Bedingung von dem ausgegangen, der an der Erfüllung Interesse hat, während sie nach Absicht des Vertrages von dem Einflusse der Gegenpartei unabhängig sein sollte. — Ueber eine zweite Bedeutung der e d. in l. 31 cit. siehe unten S. 192 § 27.

2. Eine strenge Auslegung kommt zu dem Satze, dass eine Bedingung nur erfüllt oder ausgefallen sein kann.

Teilweise Erfüllung ist Nichterfüllung, denn es ist immer wahr, dass der als Bedingung gesetzte Umstand, so wie er gesetzt ist, nicht eingetreten ist. So erklärt sich der Satz, dass teilweise Leistung den Vorfall der ganzen Konventionalstrafe nicht hindert l. 85 § 6 D. 45. 1, Paul. l. 75 ad Ed.

Eine Ausnahme macht bei teilweisen Leistungen schon das ältere Recht seit Cato zu gunsten der Miterben l. 4 § 1 D. eod., Paul. l. 12 ad Sab. Pomponius l. 26 ad Sab. in l. 5 § 4 D. eod. will freilich auch dies nicht zugestehen.

Labeo macht in l. 9 § 1 D. 2. 11, Ulp. l. 77 ad Ed. mit Hilfe der e. d. eine weitere Ausnahme. Verpflichtet sich jemand unter einer einzigen Konventionalstrafe zu mehreren an sich selbständigen Leistungen, so verfällt die Strafe bei teilweiser Erfüllung nur zum Teil.

Damit, dass man sagt (vgl. Krüger S. 109), die e. d. bringe die eigentliche Parteiabsicht zur Geltung, ist nichts erklärt. Wenn die Absicht der Parteien das Massgebende ist, warum lässt man dann überhaupt die Stipulation verfallen?

Die e. d. bedeutet ein Abgehen von dem Satz, dass eine Bedingung nur erfüllt oder ausgefallen sein kann. Sie kann auch zum Teile erfüllt werden und wirkt dann zum Teil, freilich nur, wenn mehrere von einander unabhängige

Leistungen Inhalt der Bedingung sind, im übrigen gilt der noch von Paulus (l. 85 § 6 cit.) gelehrte Satz, dass teilweise Erfüllung Nichterfüllung sei.

§ 11.

IV. Lehre vom Irrtum.

In der Lehre vom Irrtum hat die e. d. in l. 18 D. 12. 1, Ulpian l. 7 Dig. und l. 25 D. 39. 5, Javolen l. 6 Epist. modifizierend eingegriffen.

Der Grundgedanke beider Stellen ist derselbe. Hat jemand schenkungshalber eine Sache übergeben oder übergeben lassen, der andere, welcher beschenkt werden sollte, die Sache aber mit einem dem Willen des Schenkers nicht entsprechenden Willen empfangen, so ist der Schenkungsvertrag nicht zustande gekommen.

Der Schenker soll trotzdem die Sache nicht zurückfordern; quia voluntate dantis nummi sunt consumpti.

L. 18 cit. enthält den Fall, dass der eine schenken wollte, der andere aber das Geld als Darlehen empfing. Dass Ulpian hierbei Eigentumsübergang unerklärlicher Weise erst mit der Konsumtion des Geldes eintreten lässt, berührt uns hier nicht. Wichtig für uns ist, dass er die condictio durch e. d. entkräftet wissen wollte.

Javolen berichtet in l. 25 D. 39. 5 den Fall, dass jemand seine Sache durch einen Beauftragten will verschenken lassen. Der Beauftragte übergibt die Sache aber nicht als die seines Auftraggebers, sondern als seine eigene. Unstreitig geht Eigentum nicht über. Der Schenker soll aber mit der e. d. zurückgewiesen werden, wenn er die Sache dem Beschenkten abfordert.

Will man die e. d. beider Stellen dogmatisch begründen und sich nicht damit begnügen sie auf die „Billigkeit“ zu stützen, so kommt man zu einer Modification der Lehre über den Irrtum. Error in negotio auf Seiten des Beschenkten ist für die Giltigkeit des Schenkungsvertrages gleichgültig, ist also nicht wesentlicher Irrtum.

§ 12.

V. Die capitis deminutio.

Nach älterem Recht bewirkte jede cap. deminutio, auch die minima Untergang der Persönlichkeit des capite minutus, unter Umständen verbunden mit Schöpfung einer neuen Persönlichkeit. Die Passiva des capite minutus gingen unter, Aktiva gingen auf die neuen Gewalthaber über, der agnatische Familienverband wurde gelöst. Es ist bekannt, wie der Praetor diese Sätze umgewandelt hat. Auch die e. d. hat ihm als Mittel zur Erreichung seiner Ziele gedient.

Schliesst ein Gewaltunterworfener einen Erlassvertrag, so kann er, gewaltfrei geworden, die e. pacti nicht vorschützen. Das pactum ist von einer ganz anderen Rechtspersönlichkeit abgeschlossen, als er jetzt darstellt; er kann sich darauf nicht berufen. Hier greift denn die e. d. ein; l. 7 § 18 D. 2. 14, Ulpian l. 4 ad Ed.

Marcellus war nach Ulpians Bericht der Vorkämpfer für diese e. d.

In einem der cap. deminutio maxima entsprechenden Falle, nämlich der Freilassung eines Sklaven, erkennt erst Ulpian die Aufrechterhaltung des pactums durch e. d. an; l. 7 § 18 cit. Vindius hatte sie entschieden abgelehnt.

§ 13.

VI. Reflexwirkung.

Der Begriff, welcher Gegenstand dieses Abschnittes ist, wurde zuerst von Jhering in seinen und Gerbers Jahrbüchern Bd. X S. 245 fg. wissenschaftlich behandelt und dahin formuliert, dass es ein Erwerb ohne eigne Willensthätigkeit wegen eines andern ist, ein capere propter aliquem. Besonders hat Jhering den Erwerb durch Reflexwirkung von dem Erwerbe durch und von einem andern dahin abgegrenzt, dass er unabhängig vom Willen beider Beteiligten kraft Gesetzes eintritt. Hier möchte ich besonders betonen, dass nur die Reflexwirkung unabhängig von dem Willen der Parteien ist, der Umstand, welcher die Reflexwirkung hervorruft, kann dagegen von dem Willen eines Beteiligten her-

vorgerufen sein. Derartigen Erwerbes bietet uns die e. d. eine ganze Reihe von Anwendungen.

Zunächst in einer Gruppe von Fällen, wo die römischen Juristen sie als subsidium exceptionis pacti einführen. Dann zur Durchführung einer rechtlichen Wirkung bei Gelegenheit eines Gemeinschafts- oder Bürgschaftsverhältnisses. Ferner beim Rückerwerb einer verpfändet gewesenen Sache, bei Accreszenz und Erbschaftsantretung nebst analogen Fällen.

§ 14.

I. Die e. d. als subsidium e. is pacti.

Die e. d. als subsidium e. is pacti, wie sie in l. 10 § 2 D. 2. 14, Ulpian l. 4 ad Ed. enthalten ist, kommt in zwei Anwendungen vor. Einmal zur Durchführung einer Reflexwirkung eines pactums, dann bei Willenserklärung durch konkludente Handlung. Nur der erste Fall steht hier zur Betrachtung, der zweite ist in § 6 S. 19 fg. behandelt worden.

Wenn auch noch das Corpus juris den von Q. Mucius Scaevola ausgeprägten Satz enthält: nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quoque alteri cavere potest (l. 73 § 4 D. 50. 17), so ist dieser Satz doch schon im klassischen römischen Recht in zwei Beziehungen durchbrochen worden. Sowohl der Erwerb per aliquem — Vertrag zu gunsten Dritter — wurde in gewissem Umfange anerkannt, als auch derjenige propter aliquem — ein pactum de non petendo dehnt seine Wirkung auf einen Dritten aus, so dass der Dritte sich auf das pactum berufen kann, trotzdem es nicht von ihm oder in seinem Namen geschlossen ist. Freilich kann er die e. pacti nicht gebrauchen, weil zwischen ihm und dem Kläger kein pactum geschlossen ist. Kläger hat sich aber einem andern gegenüber rechtlich gebunden. Für den Beklagten ist dies Versprechen des Klägers dessen Verpflichtungsgrund, nicht sein Vertrag. Der Vertrag ist nur das Mittel die Erklärung des Verpflichteten durch den zweiten Kontrahenten hindurch auch für ihn wirksam zu machen.

Ohne den Vertrag fehlte die vermittelnde Person des zweiten Kontrahenten, ohne ihn die Ausdehnung der e. auf den Dritten. Eine einfache Aeusserung, auch wenn sie in verpflichtender Absicht geschehen ist, kann dem Dritten

e. d. nicht verschaffen. Die Quellen verlangen stets ein pactum, eine conventio.

Ausser diesem Erfordernis, dem Vertrage, verlangen, wie schon angedeutet, die römischen Juristen noch ein zweites, nämlich das einer rechtlichen Beziehung zwischen den drei in Betracht kommenden Personen, also den beiden Vertragschliessenden und dem auf den Vertrag sich berufenden; l. 23 i. f. D. 2. 14, Paulus l. 3 ad Ed.

Und dies Erfordernis der rechtlichen Beziehung halten die Quellen mit aller Strenge aufrecht. Fehlt es, so tritt auch die e. d. nicht ein. Ein recht charakteristisches Beispiel hierfür enthält l. 17 § 6 D. 2. 14, Paulus l. 3 ad Ed.; vgl. l. 3 § 2 D. 2. 15 Scaevola.

Und zwar muss dies Erfordernis im Augenblick des Vertragsabschlusses vorhanden sein, damit die Reflexwirkung sich vollziehen kann. Späterer Eintritt einer rechtlichen Beziehung zwischen den Kontrahenten und dem Dritten lässt die e. d. nicht entstehen; l. 17 § 4 D. 2. 14 Paul.

Welcher Art nun die rechtlichen Beziehungen zu dem Dritten sind, um der Entstehung der e. d. Raum zu gewähren, soll die folgende Betrachtung ergeben.

I. Bei der Bürgschaft.

Bei der Bürgschaft fragt es sich, welche Wirkung ein pactum hat, das 1) der Hauptschuldner abschliesst, 2) der Bürge abschliesst und 3) wie etwaige Mitbürgen davon berührt werden.

1) Der Hauptschuldner schliesst mit seinem Gläubiger ein pactum de non petendo in rem ab. Nützt dies auch den Bürgen? Wenn die Verurteilung des Bürgen auf den Hauptschuldner zurückfallen würde, unbedingt ja; l. 23 i. f., l. 21 § 5, l. 22, l. 32 D. 2. 14. Die e. aber, welche gegeben wird, ist e. pacti nicht doli nach dem Satze exceptiones, quae reo competunt, fideiussori quoque etiam invito reo competunt. Fällt dagegen die Verurteilung des Bürgen nicht auf den Hauptschuldner zurück, so nützt ihm auch das pactum nicht; l. 32 D. 2. 14.

Ein pactum in personam des Hauptschuldners nützt dem Bürgen ebenfalls nicht; l. 21 § 5 i. f. l. 22 eod. im Gegensatze zu l. 62 D. eod. Hat der Hauptschuldner das pactum auf den Kopf des Bürgen gestellt, so nützt es diesem, aber mittels e. pacti; l. 27 § 1 D. 2. 14.

Ein Anwendungsfall der e. d. ist uns also hier nicht gegeben.

2) Hat dagegen der Bürge einen formlosen Erlassvertrag geschlossen, so kann sich der Hauptschuldner unter Umständen auf ihn mittels *e. d.* berufen. Er kann es nicht, wenn der Erlassvertrag ein pactum de non petendo in personam ist. Dann liegt lediglich ein Verzicht des Gläubigers auf ein Sicherungsmittel seiner Forderung vor. Die subsidiarische Haftung fällt fort, aber die prinzipale bleibt bestehen; l. 23 D. 2. 14, l. 32 D. 12. 6. Ist dagegen von dem Bürgen ein pactum in rem abgeschlossen, so kann sich der Hauptschuldner mit e. d. darauf beziehen. Paul. l. 3 ad Ed. Ulp. l. 4 ad Ed., l. 25 § 2 und l. 26 D. 2. 14.

3) Ob der Erlassvertrag eines Bürgen auch seinen Mitbürgen zu Gute kommt, wird nach denselben Grundsätzen beurteilt, wie die soeben behandelte Frage der Ausdehnung auf den Hauptschuldner. Bald nützt es ihnen mittels e. d. l. 26 cit., bald nicht l. 23. cit., je nachdem der Gläubiger nur ein Sicherungsmittel seiner Forderung hat aufgeben wollen (pactum in personam) oder auf Geltendmachung des Anspruches Verzicht geleistet hat (pactum in rem).

2. Bei Korrealobligation auf Grund eines Vertrages.

Liegt ein Korrealverhältnis auf Grund eines Vertrages vor, in dem beide in gleicher Linie berechtigt oder verpflichtet sind, so ist darauf zu achten, ob wir es mit duo rei promittendi oder stipulandi zu thun haben.

1. In dem ersten Falle nützt ein pactum in personam in der Regel nur dem Vertragschliessenden, bei Regresspflicht desselben aber auch dem anderen Korrealschuldner; l. 3 § 3 D. 34. 3, l. 9 § 1 D. 45. 2. Jedoch lassen die allgemein gefassten Ausdrücke dieser Stellen keine Entscheidung zu, ob dem anderen Korrealschuldner exc. pacti oder doli gegeben wird. Auf jeden Fall ist die allgemein gehaltene l. 25 § 1 D. 2. 14 nicht zutreffend.

Ueber das pactum in rem lässt sich Paul. l. 3 ad Ed. in l. 24 und l. 25 pr. D. 2. 14 aus; l. 24: Si fideiussor in rem suam spopondit, hoc casu fideiussor pro reo accipiendus est et pactum cum eo factum cum reo factum esse videtur, d. h. der fideiussor wird nun ebenfalls als reus behandelt. Vom Standpunkte des ursprünglichen reus aus, also als correus, und deshalb heisst es pactum cum eo factum cum reo

factum esse videtur. Pactum schlechthin heisst aber pactum in rem (vgl. Savigny, Obligationenrecht I S. 172). Und nun fährt l. 25 fort: Idem in duobus reis promittendi et in duobus argentariis sociis. Ebenso liegt es also im Falle, dass von vornherein zwei Korrealschuldner da sind oder zwei Bankiers, die in Sozietät stehen. Ich beziehe sociis nur auf argentariis, und sehe die Unterscheidung von l. 24 darin, dass wir es hier zunächst bei duobus rei promittendi mit zwei Schuldnern zu thun haben, die von vornherein korreale waren, bei argentariis sociis um Bankiers, die sich nicht korreal verpflichtet haben, sondern lediglich in Sozietät stehen. Bezieht man sociis auch auf duobus rei promittendi, so hat man als Unterschied von der l. 24 den Zusatz sociis, der recht überflüssig ist, da das, was sich bei duo rei promittendi, die nicht in Sozietät stehen, selbstverständlich ist, bei socii erst recht durchgreifend ist. (Anders Savigny, Obligat. I S. 177.)

2. Schliesst dagegen ein Korrealgläubiger ein pactum ab, so schadet dies dem anderen nicht, gleichgültig ob das pactum in rem oder in personam gestellt ist; l. 27 pr. D. 2. 14.

Eine Anwendung der e. d. ist also in diesem Falle nicht gegeben.

3. Bei Korrealobligation auf Grund Gesetzes.

a) Bei Gewaltunterworfenen.

Ganz anders wird der formlose Erlass behandelt, wenn das Korrealverhältnis kraft einer gesetzlichen Vorschrift besteht, verbunden mit väterlicher Gewalt oder potestas dominica.

Die exceptio doli wird im Gegensatz zu den vorherigen Fällen im breitesten Masse anerkannt. Sowohl wenn der Sohn (bezw. Sklave) für den Gewalthaber das pactum abschliesst, als wenn er es für sich thut.

1. Der Sohn (Sklave) schliesst einen Erlassvertrag ab dahingehend, dass gegen seinen Gewalthaber eine Forderung nicht eingeklagt werde. Gleichgültig ist, ob er den Vertrag in seinen Angelegenheiten oder denen des Vaters abschliesst. Er erwirbt dem Gewalthaber die exceptio l. 17 § 7, l. 18, l. 19 D. 2. 14.

Von Reflexwirkung ist hierbei natürlich keine Rede, es ist vielmehr Erwerb durch einen anderen.

2. Der Gewaltunterworfene schliesst einen formlosen Erlassvertrag zu seinen Gunsten, ohne ihn auf den Kopf seines Vaters zu stellen. Ist dies pactum in rem gestellt, so nützt auch dem Vater die e. pacti. Ist es aber in personam gestellt, so wird es nur mittels e. d. für den Vater wirksam; l. 21 § 1 D. 2. 14. Dass dem Gewalthaber die e. pacti in rem von Vorteil ist, ist nichts auffälliges, weil der Gewaltunterworfene für seinen Herrn Rechte erwerben kann. Dass ihm aber das pactum in personam zu gute kommt, lässt sich nur als Reflexwirkung erklären. Es muss zwar im Falle der l. 21 § 1 cit. sogar das ganze pactum als nichtig erklärt werden, weil ein Sklave es für sich (in personam) abgeschlossen hat. Aber die Thatsache, dass er es abgeschlossen hat, genügt zur Entstehung der e. doli zu Gunsten des Herrn. Er erwirbt also nicht per servum in diesem Falle, sondern propter servum. Der Sklave hat den Vertrag vielleicht im Hinblick darauf geschlossen, dass er zum Erben eingesetzt würde; nur er sollte nach Absicht der Kontrahenten geschützt sein.

b) Bei Gewaltfreien.

Nahe verwandt mit den soeben besprochenen Anwendungen der e. d. sind diejenigen in Fällen, wo die actio exercitoria, institoria und quasi institoria zuständig ist, ohne dass der Beauftragte gewaltunterworfen ist. Auch hier tritt eine Art Korrealverhältnis ein, durch die gegen (oder für) den Geschäftsherrn neben der actio directa gegebene actio utilis. Es handelt sich wiederum darum, wie weit ein von dem Beauftragten geschlossener formloser Erlassvertrag dem Auftraggeber nützt, wenn dadurch eine Schuld, schadet, wenn eine Forderung von ihnen unwirksam gemacht wird. Letzteres konnte im Falle der actio exercitoria und institoria nur ausnahmsweise der Fall sein, da nur ausnahmsweise eine Klage gegen den Dritten gegeben wird; l. 1 § 18 D. 14. 1, l. 1, l. 2 D. 14. 3.

Bei der actio quasi institoria war dagegen diese actio utilis allgemein anerkannt; l. 27 § 1, l. 28, l. 68 D. 3. 3, l. 13 § 25 D. 19. 1. Die e. d. kommt nun im Allgemeinen zur Anwendung, wenn für den Stellvertreter und seinen Auftraggeber eine Verpflichtung entsteht, d. h. bei passiver Korrealität. Wenn für sie eine Berechtigung entsteht, sollte man e. d. nur in den Grenzen der a. utilis erwarten. Sie

findet sich aber ganz allgemein auch in Fällen, in denen keine a. utilis vorliegt. Die e. d. ist also hier der Entwickelung der actio vorausgeeilt. Zunächst der gegen den dom. negotii gegebenen Klage; denn schon Trebatius will e. d. geben l. 10 § 2 i. f. D. 2. 14, während er sicher noch keine a. quasi inst. gab; auch ist es gar nicht Erfordernis, dass der Vertreter selbst das Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, sodass von einem Korrealverhältnisse keine Rede sein kann; dann ist die e. d. der dem dom. neg. gegebenen Klage vorausgeeilt, indem dieser, auch wo ihm keine a. utilis zusteht, dennoch über den Anspruch durch e. d. verfügen kann; l. 16 § 1 D. 2. 14, Ulpian l. 5 § 4 D. h. t. Paul.

Der Auftraggeber selbst kann über das von seinem Vertreter abgeschlossene Geschäft ein pactum abschliessen. Er entkräftet damit die dem Vertreter zustehende Klage, und es ist gleichgültig, ob der Vertreter dadurch Schaden erleidet oder nicht. Er mag sich an den Auftraggeber halten l. 16 § 1 D. 2. 14, Ulpian l. 4 ad Ed., l. 5 § 4 D. h. t., Paulus l. 71 ad Ed.

4. Bei der Zession.

Einen dem vorigen Anwendungsfall der e. d. nahe verwandten bietet uns die römische Zessionslehre. Die Uebertragung eines Forderungsrechts zeigt einen sofort auffallenden Unterschied von der Uebertragung eines dinglichen Rechtes. Während bei dem dinglichen Recht der Veräusserer seinen Anspruch sofort ganz verliert, behält der Veräusserer eines Forderungsrechtes seine actio directa. Der Erwerber erhält nur eine actio utilis neben der directa des ursprünglich Berechtigten.

Hierin beruht die Aehnlichkeit mit der soeben dargestellten Art Korrealverhältnis. Auch hier bestehen zunächst zwei Klagen neben einander, eine directa und eine utilis; l. 55 D. 3. 3, Ulpian l. 65 ad Ed. Leistung an den durch actio directa Berechtigten hebt die actio utilis auf; l. 3 C. 4. 35 Sever. und Antonin.

Der Unterschied tritt erst ein in dem Augenblick, wo der Schuldner von der Zession erfährt. Dann soll er nur mehr an den Zessionar zahlen. Das sagt für die cessio legis die unten behandelte l. 4 C. 8. 16.

Die e. d. kommt nun in zwei geschiedenen Fällen hier vor, deren Grundgedanke jedesmal die Ausdehnung eines

pactums ist. Einerseits ist es der zwischen dem Zedenten und dem Zessionar geschlossene Zessionsvertrag, der seine Wirkung auf einen Dritten, den Schuldner, erstreckt, andererseits kann ein von dem Schuldner mit einem der beiden Gläubiger geschlossenes pactum dem anderen entgegen gehalten werden.

1. Der Zessionsakt wird vom Schuldner mittels e. d. geltend gemacht. Das mir zu Gebote stehende Quellenmaterial gibt den Namen der exceptio nicht an; l. 18 pr. D. 13. 7 und l. 3 C. 8. 42 enthalten nur die allgemeinen Ausdrücke tuenda est a praetore conventio und exigere vetaris. Ich glaube, dass man die exceptio mit Recht als e. doli bezeichnen kann. Marcian l. 11 § 2 D. 20. 1 gibt eine besonders geartete e. pacti. Also eine Ausdehnung der Wirkung eines pactums auf einen Dritten, die im allgemeinen durch e. d. vermittelt wird.

Nach allem bisher vorgetragenen ist es nur erforderlich, dass Schuldner um den Zessionsakt weiss. Ist die von ihm dann vorgebrachte e. wirklich eine Ausdehnung der Wirkung eines pactums auf einen Dritten, so bedarf es nicht einer Handlung des Zessionars, durch die er die Besitzergreifung von der Forderung dokumentiert. Anders Windscheid actio, S. 141 ff.

2. Die soeben besprochene e. d. findet sich analog auf die cessio legis ausgedehnt. Dann ist sie natürlich nicht mehr subs. e. is pacti, ordnet sich aber im System am geeignetsten an dieser Stelle an; l. 28 D. 3. 3, Ulpian l. 1 Disp.

3. Weiss der Schuldner noch nicht um die Zession, so gilt ein mit dem Zedenten geschlossener Erlassvertrag auch dem Zessionar gegenüber. Für einen Vergleich, der mit dem Zedenten geschlossen ist, sagt dies l. 17 D. 2. 15, Papinian l. 2 Quaest. Die e., welche diese Stelle gibt, ist eine e. transacti negotii accomodata. Bei einem gewöhnlichen pactum also eine e. pacti accomodata, d. h. e. doli.

4. Ein mit dem Zessionar geschlossenes pactum hat auch für den Zedenten, der ja noch immer actio directa hat, bindende Kraft. Zwar wird sich im allgemeinen der Schuldner ihm gegenüber auf den Zessionsakt berufen; doch ist auch der Fall in den Quellen erwähnt, dass sich der Schuldner durch ein mit dem Zessionar geschlossenes pactum schützt; l. 16 pr. D. 2. 14, Ulp. l. 4 ad Ed.

5. Bei der Schuldübernahme.

Uebernimmt jemand durch Vertrag mit dem Schuldner dessen Verpflichtung, so ist der Gläubiger selbstverständlich an diese Abrede nicht gebunden. Erklärt dieser jedoch seine Zustimmung zu der Schuldübernahme, so kann sich der alte Schuldner hierauf berufen und zwar mit e. pacti, wenn der Gläubiger ihm gegenüber sein Einverständnis ausgedrückt hat. Eine Anwendung der e. doli aber tritt dann ein, wenn der Gläubiger mit dem neuen Schuldner eine Vereinbarung trifft, in der er seine Bereitwilligkeit erklärt, ihn als Schuldner anzunehmen. Ein solches pactum liegt z. B. darin, dass der Gläubiger gegen den neuen Schuldner gerichtlich vorgeht, und dieser sich auch darauf einlässt, wozu er nach römischem Rechte nicht verpflichtet ist; vgl. l. 2 C. 4. 39. Dann kann sich der frühere Schuldner auf dies pactum berufen; l. 2 C. 2. 3, Sever. und Antonin 203.

§ 15.

II. Bei Gemeinschaft und Bürgschaft.

Die e. d. als e. ex persona tertii findet sich bei Rechtsgemeinschaft und Bürgschaft um einem komplizierten Rückforderungsverfahren vorzubeugen. 1. Begeht ein Sozius eine Handlung, die in dessen eigenen Angelegenheiten die e. d. begründen würde, so begründet sie diese auch einem socius gegenüber — ne prosit ei dolus propter societam. Der Vorteil für den dolosen Sozius würde ohne diese Vorschrift freilich nicht von Dauer sein, denn man könnte ihn mittels Klage zurückfordern. Vorzuziehen ist aber, ihn überhaupt nicht eintreten zu lassen, und die Sozien aufeinander hinzuweisen; l. 5 pr. D. 2. 11, Paul. l. 69 ad Ed.

Selbstverständlich erscheint es daher, dass auch die Kompensation mit einer Schuld eines Sozius zulässig ist; vgl. l. 10 D. 45. 2, Papin. l. 37 quaest.

2. Hat ein Schuldner in der irrtümlichen Meinung, zur Sicherstellung verpflichtet zu sein, einen Bürgen gestellt, so kann sich dieser direkt auf den Irrtum des Hauptschuldners berufen — e. sine causa ex persona debitoris

l. 4 § 5 D. 2. 11, Ulpian l. 74 ad Ed. Auch hier die Zulassung der Kompensation mit einer Forderung des Hauptschuldners; l. 4. 5. D. 16. 2.

§ 16.

III. Pfanderneuerung.

Einen eigenartigen Fall der Reflexwirkung bietet l. 8 § 7 D. 20. 6. Marcian l. sing. ad formulam hypothec. . . . potest fieri ut debitor permissu creditoris vendiderit, deinde postea bona fide redemerit ab eodem vel ab alio, ad quem per successionem ea res pertinere coepisset, aut si ipse debitor emtori heres exstiterit; verumtamen cum pecunia soluta non sit, doli mali suspicio inerit translata ad praesens tempus, ut possit creditor replicationem d. m. obicere.

Die repl. d. führt in vorliegendem Falle zu einem Wiedererstehen des Pfandrechts, weil der Verpfänder die mit Zustimmung des Gläubigers veräusserte Sache zurück erwirbt. Eigenartig ist hierbei die Bezeichnung der suspicio doli mali: Sie sei translata ad praesens tempus. Würde der Jurist davon ausgehen, dass der ganze Verkauf des Pfandes und die dazu eingeholte Genehmigung des Gläubigers lediglich ein Kniff war, um die Sache der Pfandbelastung zu entziehen, so würde er die repl. doli aus den Worten des Ediktes (vgl. l. 7 § 7 D. 2. 14) pacta conventa, quae neque d. m. neque . . . facta erunt rechtfertigen. Er stützt sich aber auf die repl. doli praesentis, auf die Worte also neque quo fraus cui eorum fiat. Er behauptet, der Erlass kann vollkommen gültig und durchaus nicht durch dolus hervorgerufen sein, wenn sich der Schuldner jetzt aber darauf beruft, so handelt er dolos, selbst wenn er b. f. zurückgekauft, wenn er durch Erbgang die Sache wieder erhalten hat.

Das bedeutet aber nichts anderes, als: der Rückerwerb der Sache übt für den Gläubiger die Reflexwirkung aus, dass das Pfandrecht wieder ersteht.

Diese Anwendung der Reflexwirkung ist übrigens von Justinian in l. 11 C. 8. 26 aufgehoben.

§ 17.

IV. Accrescenz.

Das Accreszenzrecht ruft eine doppelte Reflexwirkung hervor. Die eine berührt den Erben, welchem anwächst. Er erwirbt wegen der Ausschlagung eines andern, propter factum alicuius. Die andere berührt die Erbschaftsgläubiger und Legatare. Sie erhalten durch die Accreszenz einen neuen Schuldner. Die e. d. zur Durchführung letzterer Wirkung findet sich in l. 25 D. 46. 3, Pompon. l. 31 ad Sab. Ein Teilerbe hat irrtümlich eine Erbschaftsschuld ganz getilgt. Er hat natürlich cond. indebiti. Wird er aber nachträglich kraft Anwachsung Alleinerbe, so hat der Gläubiger gegen die condictio e. d.

§ 18.

V. Erbschaftsantritt und analoge Fälle.

Im Erbschaftsantritt liegt Uebernahme der gesammten vermögensrechtlichen Stellung des Erblassers, Anerkennung seiner Verbindlichkeiten, Eintritt in seine Rechte. Letzteres beruht nicht auf dem Willen des Erben, es ist für ihn Wirkung kraft Gesetzes. Hat also z. B. der Erblasser über ein Recht des Erben verfügt, so muss dies letzterer für sich wirken lassen, auch wenn er beim Erbschaftsantritt nichts von der Verfügung gewusst hat, wie Aurelian in l. 7 C. 7. 16 sagt: Respectu aditae hereditatis voluntatem defuncti suo consensu firmare debuit. Analoge Wirkung hat die Annahme einer letztwilligen Zuwendung — eines Vermächtnisses oder einer Schenkung von Todes wegen. Hierin sieht das Gesetz Anerkennung des gesamten letzten Willens des Erblassers. „Si modo semel agnovit voluntatem." (Ulp. in l. 45 pr. D. 40. 5.)

Die Reflexwirkung des eben behandelten Rechtssatzes zeigt sich in dessen Einfluss auf Dritte. Sie erwerben Rechte auf Grund der Anerkennung des erblasserischen Willens seitens eines andern ohne jede Willensthätigkeit ihrerseits. Die einzelnen hierher gehörigen Entscheidungen sind folgende.

1. Der Erblasser hat eine dem Erben gehörige Sache veräussert und tradiert. Dieser tritt die Erbschaft an und

erwirkt damit dem Erwerber der Sache die e. d. als e. rei venditae et traditae; l. 14 C. 3. 32. Diokletian und Maximian; l. 3 C. 4. 51, von denselben Kaisern; l. 73 D. 21. 2, von Paulus l. 7 Resp.; vgl. hierüber noch § 32 dieser Arbeit.

2. Ein Beispiel für Reflexwirkung bei Annahme eines Legats bietet Papin. l. 8 Resp. in l. 77 § 5 D. de leg 2. Jemand hat ein Dotalgrundstück veräussert und gibt letztwillig dem Käufer das Recht, an Stelle der ungiltig veräusserten Sache der Frau den Wert derselben zu erstatten. Diese braucht sich damit nur dann zu begnügen, wenn sie den erblasserischen Willen anerkannt hat z. B. durch Annahme eines Legats.

Scaevola l. 4 Resp. l. 26 D. 34. 3 erwähnt den Fall, dass ein Vormund seinem Mündel den dritten Teil seines Vermögens vermacht unter der Bedingung, dass er seine Erben nicht mit der a. tutelae belästigen werde. Nimmt das Mündel das Legat an, so verzichtet es auf die actio tutelae; ihr steht e. d. entgegen.

3. Endlich liegt in der Annahme eines Geschenkes von Todes wegen Bestätigung der Verfügungen des letztwillig Schenkenden. Eine solche Schenkung enthält z. B. die Abrede bei der Dosbestellung, dass die Dos an einen Dritten fallen solle, falls die Ehe durch den Tod der Frau gelöst werde. Vgl. l. 11 D. 33. 4 Paul. l. 7 Resp., welcher die Stipulation zu gunsten des Bedachten gradezu eine mortis causa stipulatio nennt. Behält sich also eine Wittwe bei Eingehung ihrer zweiten Ehe vor, dass die Dos nach ihrem Tode an ihre beiden Söhne erster Ehe fallen solle, so müssen die Söhne, wenn sie nach dem Tode ihrer Mutter die Stipulationsklage anstellen, auch die letztwilligen Verfügungen ihrer Mutter anerkennen. L. 37 § 4 D. de leg. 3 Scaevola l. 18 Dig. behandelt den Fall, dass jeder der Söhne sich hat auf das Ganze stipulieren lassen. Der eine Sohn stirbt. Nun legt die Frau ihrem andern Sohne das Fideikommiss auf nur die Hälfte der Dos zu fordern. Diesen letzten Willen muss der Sohn anerkennen, wenn er die Schenkung von Todes wegen einklagt. Scaevola konstruiert die e. d. als Reflexwirkung und stellt daher als entsprechende Klage die actio ex causa fideicommissi hin. Man könnte auch teilweisen Widerruf der Schenkung annehmen.

§ 19.

VII. Culpa in contrahendo.

Die von Jhering aufgestellte Lehre der culpa in contrahendo findet eine wesentliche Stütze in einer Reihe von Anwendungen der e. d., die bis jetzt zu dieser Lehre noch nicht herangezogen sind. Es handelt sich um Fälle ungiltiger Dosbestellung, ungiltiger Schenkung und Intercession. Ein analoges Verhältnis findet sich beim Widerruf einer giltigen Obligation.

1. Die erste hierhergehörige Entscheidung von Ulpian l. 35 ad Ed. gründet sich auf ein besonderes Edikt des Prätors. Danach soll derjenige, welcher wissentlich zu einer nichtigen Ehe eine Dos bestellt hat, von dem Ehemanne nur zurückfordern können, was dieser auch bei giltiger Ehe nach Auflösung herausgeben müsste; l. 11 § 4 D. 27. 6.

2. Hat ein Ehegatte seinen Schuldner schenkungshalber an seine Frau delegiert, so ist die Delegations-Stipulation nichtig. Weiss der Schuldner jedoch nicht darum, dass es sich um eine ungiltige Schenkung handelt, so kann er beanspruchen, dass er dadurch nicht zu Schaden komme. Das wird hier aber am besten dadurch erreicht, dass ihm gegenüber die Ungültigkeit der Delegation nicht geltend gemacht werden kann — sonst müsste er an den überweisenden Ehemann noch einmal zahlen und es wäre zweifelhaft, ob und wieviel er von der Ehefrau zurückbekäme. — Es ist aber selbstverständlich, dass der Schuldner die Klagen, welche ihm gegen die Ehefrau zustehen, zedieren muss, damit er aus der Nichtigkeit keine Vorteile zieht; l. 39 i. f. D. 24. 1 . . . si promissor mulieri ignorans solvisset, si quidem pecunia exstat, vindicare eam debitor potest. Sed si actiones suas marito praestare paratus, d. m. e. e. se tuebitur.

Die e. d. lässt sich hier m. E. nicht als Kompensationseinrede aus dem Mandat auffassen. Das Mandat wäre auch vorhanden, wenn der Schuldner weiss, dass es sich um eine ungiltige Schenkung handelt. Die e. d. greift nur Platz si ignorans solvisset. Das lässt sich nur daraus erklären, dass die e. d. auf culpa bei Erteilung des Mandats zurückgeführt wird, die natürlich gegen eigene culpa des Ueberwiesenen aufgerechnet würde.

Hierher ist auch l. 5 § 2 D. h. t., Paulus l. 71 ad Ed. zu rechnen.

Jemand schenkt über das gesetzlich erlaubte Mass hinaus. Nachdem der Beschenkte Verwendungen auf die Sache gemacht hat, will der Schenker die Ungiltigkeit der Zuwendung geltend machen. Paulus wirft die Frage auf an de dolo replicandum est? Dolo enim feci, qui passus sum eum aedificare et non reddo impensas.

Diese Frage ist m. E. wie in dem eben behandelten Falle der Schenkung unter Ehegatten dahin zu beantworten, dass der Beschenkte Anspruch auf Schadloshaltung hat, wenn er die Ungiltigkeit der Schenkung nicht kannte, z. B. nicht wusste, dass das Grundstück über das bei Schenkung erlaubte Mass wert sei. —

3. Wer den Anstoss zu einer nichtigen Interzession gibt, haftet dem redlichen Dritten.

Die e. Sct. Vellejani wird durch replicatio doli entkräftet. Pomponius l. 1 Sct. consultorum l. 32, § 3 D. 16. 1. Ulpian l. 29 ad Ed. l. 6 D. eod.; vgl. l. 7 D. eod. Paulus l. 1 Sent. erachtet in solchem Falle die e. Sct. Vellejani überhaupt nicht für begründet, er erwähnt jedoch die entsprechende actio doli l. 30 pr. D. 16. 1; vgl. für das Sct. Macedonianum die entsprechende prinzipielle Zulassung der replicatio doli in l. 4 § 14 D. h. t.

In allen vorerwähnten Entscheidungen ist keine Andeutung davon, dass das Verleiten zu dem nichtigen Rechtsgeschäft in der Absicht geschieht den anderen Teil zu schädigen. Dann würde selbstverständlich auch e. d. Platz greifen, aber als specialis. Wir müssen also annehmen, dass lediglich das Veranlassen zu einem nichtigen Rechtsgeschäft zur e. d. führt.

4. Haftung auf Grund einer Willenserklärung, deren Zurücknahme dem andern nicht rechtzeitig mitgeteilt ist, bietet eine den bisherigen Fällen analoge Anwendung der e. d. Africanus l. 7 quaest., der einen solchen Fall behandelt, stellt ihn geradezu der hier unter zwei behandelten nichtigen Schenkung unter Ehegatten gleich; l. 38 § 1 D. 46. 3.

Eine analoge actio doli findet sich in l. 34 D. 4. 3 und l. 16 § 1 D. 19. 5.

II. Kapitel.

Die e. d. g. im Prozessrecht.

§ 20.

I. Die prozessualische Konsumtion.

Wenn das römische Recht den Grundsatz aufstellt, dass man jeden Anspruch nur einmal vor den judex bringen könne, so liegt darin im allgemeinen keine Härte.

Der Berechtigte hat es in seiner Gewalt die Klage von vornherein in richtiger Weise geltend zu machen und dieselbe mit aller Sorgfalt zu Ende zu führen. Dass sich jedes Verschulden durch Verlust des Prozesses an ihm selbst rächt, erscheint durchaus billig, wenn man bedenkt, dass die Prozesse nicht von Berufsrichtern, sondern von Privatleuten, die ein Ehrenamt versehen, entschieden wurden, dass auch der Schuldner ein Recht darauf hat, nicht stets mit demselben Rechtsstreite belästigt zu werden.

Trotzdem kann es Fälle geben, in denen die Idee der prozessualischen Konsumtion nicht als gerecht erscheint. Da griffen die späteren römischen Juristen mit der replicatio doli gegenüber der e. rei iudicatae vel in iud. ded. ein. Die replicatio doli bildet also für die allmähliche Zurückdrängung der prozessualischen Konsumtion den historischen Durchbruchspunkt. Die meisten Etappen auf diesem Wege gehören der späteren Zeit an.

Die bei Keller Litiskontestation und Urteil § 57 fg., § 60 dargestellten Praescriptionen, welche Crassus bereits kennt, bilden kein Abgehen von dem Prinzip der prozessualischen Konsumtion. Sie enthalten nur den Satz, dass man bei Ansprüchen auf zusammengesetzte oder wiederkehrende Leistungen die Klage in der Formel auf einen Teil der Leistung beschränken kann und dann dem andern Teil keine e. rei iudicatae entgegensteht. Die dort erwähnten Praescriptionen sind also Mittel der proz. Konsumtion vorzubeugen. Die replicatio doli dient dazu, sie in gewissen Fällen aufzuheben. Da fand die replicatio doli Anknüpfungs-

punkte aus dem Peculienrechte, wo schon Julian l. 13 pr. D. 14. 3 von der Konsumtion absah.

Durchgreifendere Aenderungen stammen aber erst von Kaiser Zeno und Justinian; vgl. § 9, J. 4. 13; § 33, J. 4. 6; l. 2 pr. C. 3. 10.

In zwei Anwendungen finden sich hier die replicatio doli. Zunächst als replicatio doli specialis, wenn das Urteil durch Betrug, Bestechung oder sonstiges Delict herbeigeführt ist. Paulus l. 11 ad Ed., l. 25 D. 4. 3; vgl. die analoge Entscheidung im Falle eines Schiedsspruches in l. 31 D. 4. 8 Ulp. l. 13 ad Ed.

Als replicatio doli generalis findet sie sich jedoch bei Paulus l. 9 Resp., l. 46 § 5 D. 26. 7 und Sever und Antonin in l. 2 C. 3. 1. In beiden Stellen handelt es sich um Obligationen mit zusammengesetzter Leistung. Auch da galt der Grundsatz, dass einmaliges Klagen den Anspruch konsumiert, mochte auch die zweite Klage auf einen andern Teil der zusammengesetzten Leistung gehen, als die erste.

Diesen Grundsatz hob die replicatio doli auf; vgl. die analoge Entscheidung für den Schiedsspruch von Scaevola l. 1 Resp., l. 43 D. 4. 8.

§ 21.

II. Prinzip der einen Rechtsfrage.

Jhering (Geist des römischen Rechtes III § 50. 52) hat in meines Erachtens überzeugender Weise dargethan, dass das ältere römische Prozessrecht den Grundsatz hatte, dass in jedem Prozess nur eine Rechtsfrage zur Entscheidung kam, die Frage nach Existenz des klägerischen Anspruchs. Die Erwiderung konnte nur ein Ja oder Nein sein, kein Aber. Danach könnte es scheinen, als ob die e. d. in ihrem gesammten Anwendungsgebiet Durchbrechung dieses prozessualen Grundsatzes bewirkt hätte. Denn sie warf ja die zweite Rechtsfrage auf, ob Kläger nicht etwa dolos handele durch Einklagung seines Rechtes. Der Einkleidung nach hat dieser Einwand Berechtigung, nicht aber dem materiellen Gehalte der e. d. nach.

Da müssen wir vielmehr zwei Gruppen von Anwendungen unterscheiden. In der ersten Gruppe bezweckt die e. d. einzig und allein die Frage, ob der Anspruch des

Klägers berechtigt sei, zu verneinen; wenigstens für das prätorische Recht. Dies sind die überwiegende Zahl der Anwendungsfälle. Das klägerische Recht existiert für den Prätor überhaupt nicht mehr. Man denke an Konvaleszenz eines ungiltigen Rechtsgeschäftes, formlosen Widerruf eines Legats u. s. w.

In einigen Fällen dagegen gibt der Beklagte das geltend gemachte Recht zu und wendet nur einen Gegenanspruch ein. Dies sind die Fälle, in denen in materieller Hinsicht von dem Prinzip, dass in jedem Prozess nur eine Rechtsfrage, nämlich ob der klägerische Anspruch existiere, abgegangen ist. Der Richter wird ferner angewiesen zu untersuchen, ob nicht auch ein Anspruch des Beklagten existiere. Dies findet sich

1. für das Gebiet des Satzes Dolo facit qui petit quod redditurus est.
2. für die e. rei vend. et trad.
3. für die e. non adimpleti contractus.
4. die meisten Fälle der e. d. als e. sine causa.
5. die Verwendungen.

Von diesen Anwendungen behandele ich in diesem Zusammenhang nur die erste; die andern Fälle finden ihre Stelle anderweit angemessener.

Der Satz dolo facit, qui petit, quo redditurus est findet sich zur Einführung der Kompensation und zur Aufstellung des Satzes, dass niemand klagen soll, der bei Durchführung seines Rechtes dem Beklagten ersatzpflichtig würde.

§ 22.

1. Kompensation.

1. Es kann als sicher betrachtet werden, dass die röm. Juristen den Satz dolo facit u. s. w. zur Durchführung der Kompensation benutzt haben, besonders wohl im Anschluss an ein Reskript von Marc Aurel § 30 J. 4. 6. Justinian schrieb jedoch vor, dass die Kompensation ipso juro durchgeführt werden solle (§ 30 cit. l. 14 pr. C. 4. 31), und die Kompilatoren haben uns kaum eine Möglichkeit gelassen sicheres über die e. d. zur Durchführung der Kompensation zu erforschen, indem sie fast jeden Hinweis in den Entscheidungen der Juristen auf die e. d. strichen;

vgl. Dernburg Komp. II. Aufl., S. 193. Das wenige, unsichere möge man bei Dernburg a. a. O. § 21. 22 und Eisele Komp. § 9 nachlesen.

Die von Dernburg für die e. d. als Kompensationseinrede angeführten Belege habe ich anderweitig erläutert: l. 8 § 1 D. 46. 8; Venuleius l. 15 Stip. in § 51; l. 4 § 7 D. h. t. in § 51; l. 43 D. 13. 7 von Scaevola in § 50.

a) Zu diesen Stellen möchte ich l. 44 § 1. D. 24. 3 von Paulus (l. 5 quaest.) fügen.

Der Fall liegt folgendermassen:

Titius verspricht für seine Tochter dem Seius eine Dos, macht sich aber aus, dass diese erst nach seinem, des Titius Tode fällig werde. Er stirbt; Seius kann die Dos einklagen. Ehe er es jedoch thut, kommt es durch seine Schuld zur Scheidung. Seine Klage auf die Dos wird dadurch nicht berührt — aber er muss sie ja seiner geschiedenen Frau wieder herausgeben. Das hat nur dann Einfluss auf seine Klage, wenn seine Ehefrau als Erbin ihres Vaters auch die Beklagte wäre.

Da dies aber im vorliegenden Falle nicht zutraf, — die Frau war von ihrem Vater enterbt worden, — so entscheidet Paulus: absurde dicitur dolo videri eum facere, qui non ipsi, quem convenit, sed alii restiturus petit.

Darin liegt unausgesprochen: Wäre seine frühere Ehefrau Erbin ihres Vaters und jetzt auf Herausgabe der Dos verklagt, so könnte sie ihren Anspruch zur Kompensation stellen und zwar mittels e. d. nach dem Satze der l. 8 pr. D. 44. 4. Es ist also nicht zu bezweifeln, dass dieser Satz von den römischen Juristen zur Begründung der Kompensation benutzt wurde.

b) Einen sicheren Beweis erbringt aber die Thatsache, dass die römischen Juristen im Falle einer konnexen Kompensation die e. d. benutzten und die Kompilatoren diese e. d. auch im corpus juris nicht gestrichen haben. Anwendungsfälle dieser Art finden sich bei der liberatio legata und bei Zahlung an den Gläubiger des Gläubigers.

Liberatio legata.

Eine Schuldbefreiung durch letztwillige Verfügung kann in Form des Vermächtnisses auftreten und als Schenkung von Todes wegen. Im ersten Falle wirkt die Befreiung stets ope exceptionis. Der Erlasswillen tritt nur indirect

in der Fassung des Vermächtnisses zu Tage, er wird in vielen Fällen erst aus andern Ausdrücken des Testamentes geschlossen, es fehlt ihm jedenfalls das Gewand des contrarius actus. (Vgl. Windscheid § 657 [9]; Dernburg III § 112. 2 N. 13.) Im zweiten Falle kann der Erlass ipso jure wirken. Er tritt dann als contrarius actus auf; l. 24 D. 39. 6 African. l. 9 Quaest. Er kann aber auch indirekt erfolgen und wirkt dann ope exceptionis.

a) Ist der Schuldner durch Vermächtnis von seiner Verpflichtung befreit, so hat er gegen den Erben einen Anspruch auf Vollzug der Befreiung: die actio ex testamento und compensando, eine Einrede gegen dessen Klage: die e. d. l. 8 § 1 D. h. t. Ebenso erwähnen diese e. d. Ulp. l. 23 ad Sab. in l. 3 § 3 D. 34. 3, Papinian l. 19 Quaest. l. 22 D. 34. 3, Papinian l. 27 Quaest. l. 49 pr. D. 46. 1, Tryphonin l. 17 Dipsut. in l. 50 § 6 D. 38. 2, l. 2 C. 5. 12, Antonin l. 17 C. 6. 42 Diocletian und Maximian.

Das Vermächtnis kann wie das pactum unter Lebenden auch durch konkludente Handlung hinterlassen sein. Es genügt zur Gültigkeit eines Fideikommisses — Legate kommen hier natürlich nicht in Betracht —, wenn aus irgend einem im Testament vorkommenden Ausdrucke es als dem Willen des Erblassers entsprechend ersehen werden kann, die Schuld nicht einzuklagen. Scaevola l. 27 Dig. l. 17 § 1 D. h. t.

Papinian l. 11 Resp. in l. 8 D. 37. 7 gewährt e. d. um eine nicht rechtsbeständige Schenkung des Vaters an seine Haustochter gemäss den Worten des Testamentes als Fideikommiss aufrecht zu erhalten. Er muss hier auf stillschweigendes Fideikommiss zurückgreifen, da zu seiner Zeit die Schenkung durch Tod des Vaters allein nicht gültig wurde.

Im Sinne Justinians und schon Diocletians ist freilich ein besonderes Fideikommiss nicht mehr nötig; vgl. l. 25 C. 5. 16, l. 18 pr. C. 3. 16.

In der Verfügung des Erblassers über einen ihm (oder dem Erben) geschuldeten Gegenstand oder ein ihm (oder dem Erben) bestelltes Pfand liegt zugleich ein Erlass der Schuld, wenn der Schuldner sich dieser Verfügung unterwirft, wozu er natürlich nicht verpflichtet ist. Und zwar enthält die Verfügung über das Pfand eine Schuldbefreiung in Höhe des Wertes der verpfändeten Sache; l. 45 pr. D. 40. 5, Ulp. l. 5 Disput. Die Verfügung über die geschuldete Leistung enthält natürlich Erlass der ganzen Schuld; l. 77 D. de leg. 1, Ulp. l. 5 Disput.

Bedingte Befreiung gewährt e. d. erst von Erfüllung der Bedingung ab. Vorher muss der Schuldner leisten, er hat weder a. ex testamento auf Befreiung noch e. d. Das Forderungsrecht gilt also nunmehr als resolutiv bedingtes. Paulus l. 71 ad Ed., l. 5 pr. D. h. t.

b) Durch Schenkung von Todes wegen kann, wie schon oben berührt, eine Schuld ipso jure getilgt werden. Uns interessiert der Fall, dass die Befreiung ope exc. is wirkt. Dann ist sie in einem formlosen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner enthalten oder wird durch ein mandatum post mortem vermittelt.

Beide Male liegt der Gedanke an die e. pacti nahe. Julian l. 60 Dig. l. 18 § 2 D. 39. 6 gibt e. pacti neben der e. d., Ulp. l. 23 ad Sab. l. 3 § 2 D. 34. 3, in der er den Julian ausschreibt, gibt nur e. d., offenbar mit Absicht. Schon oben Seite 22 haben wir bemerkt, dass die späteren Juristen der Ausdehnung der e. p. auf Fälle, in denen nicht eigentlich ein pactum vorlag oder wenigstens nicht das pactum den alleinigen Grund zur exceptio abgab, entschieden abhold waren und die e. d. vorzogen. Ein thatsächliches ausdrückliches pactum zwischen Gläubiger und Schuldner würde natürlich auch bei den späteren Juristen e. p. hervorrufen, konkludent erklärtes dagegen e. d.

Hier könnte man die Frage aufwerfen, ob diese e. d. überhaupt in diesen Zusammenhang gehört und nicht vielmehr zum formlosen Schulderlass. Ich halte aber die Stellung hier deshalb für gerechtfertigt, weil der formlose Erlass hier Klage, persecutio fidei commissi auf formale Befreiung gibt. Die e. d. steht also hier zur Durchführung konnexer Kompensation und so fasst denn auch Ulp. l. 23 ad Sab. die Rückgabe des Schuldscheines als Vermächtnis auf l. 3 § 1 D. 34. 4, nicht als formlosen Erlass.

Die e. ist, wie sich aus dem nächsten § 2 ergibt, die e. d.

Marcellus l. singul. Resp. l. 28 D. 39. 6 nennt einen analogen Fall — Vernichtung des Schuldscheins — donatio mortis causa und gibt entsprechende e. d.

c) Das mandatum post mortem zur Vermittelung einer Schuldbefreiung von Todes wegen war schon in klassischer Zeit zulässig. Wenn auch Paulus in l. 108 D. 46. 3 das mandatum post mortem im allgemeinen als nicht statthaft verwirft, so erkennt es doch Julian in l. 18 § 2 D. 39. 6 für unseren Fall an und Ulpian bestätigt dies in l. 3 § 2 D. 34. 3.

§ 23.

2. Leistung an den Gläubiger des Gläubigers gibt dem Schuldner einen Anspruch auf Ersatz im Umfange und nach den Regeln der a. neg. gest. Diesen Anspruch kann er der Klage seines Gläubigers mittels e. d. als Kompensationseinrede entgegensetzen. Diesen Fall enthält die viel besprochene l. 6 i. f. D. h. t. Gajus l. 30 ad Ed. prov. und die unbeachtet gebliebene l. 1 C. 8. 36 Antoninus a. 213. An l. 6 cit. knüpft sich die bekannte Kontroverse an, ob der Schuldner stets an den Gläubiger zahlen dürfe.

Während Puchta Pand. § 288 [6], Arndts § 263 [d], Sintenis § 103 [75] dem Schuldner dieses Recht unbedingt geben, wenn nicht etwa sein Gläubiger gegen den Erstgläubiger kompensieren oder retinieren könne, gewährt die herrschende Meinung nur einen Ersatzanspruch nach den Grundsätzen der neg. gest.; vgl. Vangerow III 582 [1], Windscheid II § 342 [42], Dernburg II § 55 [14]. Das letztere ist meines Erachtens, wie uns die Formulierung der Befreiung als e. d. zeigt, das richtige.

E. d. gewährt denn auch Antoninus in l. 1 C. 8. 36. Der Satz nomina hereditaria sunt ipso jure divisa ist zwingenden Rechts. Der Erbe, welchem eine Forderung ausschliesslich zugewiesen ist, muss von seinen Miterben Zession ihrer Teilklagen im judicium familiae erciscundae verlangen; Ulp. l. 19 ad Ed. l. 4 pr. D. 10. 2. So lange er dies nicht gethan hat, ist jeder Erbe zu seinem Teil forderungsberechtigt, also Gläubiger des Erbschaftsschuldners. Zahlt dieser nun trotzdem ganz an den Erben, welchem seine Schuld überwiesen ist, so zahlt er damit, was den Teil der Miterben angeht, an den Gläubiger seines Gläubigers, ist also nicht ipse jure, sondern nur ope exceptionis wegen negotiorum gestio befreit.

§ 24.

2. Dolo facit, qui petit, quod redditurus est im engeren Sinne.

Die e. d. der l. 8 pr. cit. hat aber noch eine Funktion, in der sie auch für das heutige Recht von Wichtigkeit ist und nicht in der Kompensation aufgeht.

Es kann sich ereignen, dass der Beklagte gegen den Kläger keinen Gegenanspruch hat, diesen aber durch seine Verurteilung erlangen würde. Kompensation wäre unzulässig, da sie nur bei fälligen Forderungen Platz greift; wohl e. d. in der hier zu besprechenden Funktion. Es liegt das in der Formulierung redditurus est und wird ausdrücklich bezeugt von Pomponius l. 10 ad Sab. l. 20 D. 21. 2.

Der Verkäufer haftet seinem Käufer wegen Entwehrung. Hat der Käufer nun an seinen Verkäufer widerum zurückverkauft, so haftet er ihm natürlich ebenfalls.

Wenn nun der Zweitverkäufer wegen eines Entwehrungsgrundes in Anspruch genommen wird, der schon bei seinem Verkäufer bestand, weswegen er also einen Rückgriff gegen diesen haben würde, dann soll der Entscheidung dieses Anspruches durch die e. d. vorgebeugt werden.

Der Fall findet eine vollkommene Analogie in unserem Wechselrecht. Unter den Garanten eines Wechsels steht als einer der ersten Indossanten der x. Er ist zugleich letzter Indossator und erhebt Protest mangels Zahlung. Zum Zwecke des Regresses greift er sich den zahlungsfähigsten Indossanten heraus.

Dieser wendet ein e. d., sofern er Nachmann des x als Indossanten ist; nicht auf Grund der Kompensation, denn seine Forderung entsteht erst mit rechtskräftiger Verurteilung oder freiwilliger Leistung der Regresssumme. Es bleibt nur l. 8 pr. D. 44. 4.

Dolo facit, qui petit, quod redditurus est; vgl. R. O. H. G. Entsch. 18 S. 413.

§ 25.

III. Die condemnatio pecuniaria.

Schon den klassischen römischen Juristen erscheint die Verurteilung in Geld nur als Notbehelf.

Die actio indicati tritt zurück, wenn der verurteilte Schuldner Leistung in Natur nebst Ersatz allen Schadens anbietet. Scaevola l. 15 D. h. t.

Dieser subsidiäre Charakter der Geldverurteilung wird durch e. d. vermittelt. Hierin muss man wohl zugleich das erste Abgehen von dem Grundsatz der condemnatio pecuniaria sehen.

Der geschichtliche Uebergangspunkt zu dem neuen Grundsatze der Verurteilung in natura musste der sein, dass man die Vollstreckung aus der Verurteilung in Geld zurückstehen liess gegenüber freiwilliger Erfüllung in natura.

Das Resultat ist Verurteilung zur Leistung in natura.

Ausser dieser historischen Bedeutung hat die e. d. in der l. 15 D. cit. noch eine praktische. Auch heute ist sie noch zur Anwendung zu bringen im Falle subjektiver Unmöglichkeit der Leistung, wenn sich diese nach dem Urteil hebt. Auch hier muss der Gesichtspunkt massgebend bleiben, dass die Verurteilung ins Interesse nur Aushülfe ist, die hinter dem Anbieten der rechten Leistung zurücktritt. § 686 C. P. O. steht dem nicht entgegen.

Eine zweite Anwendung der e. d. in oben erwähnter Funktion sehe ich in l. 1 C. 7. 52 Antoninus.

Rebus quidem judicatis standum est. Sed si probare poteris eum, cui condemnatus es, id quod furto amisisse videbatur, recepisse adversus judicati agentem d. e. e. opposita tueri te poteris. Bei dem Falle, der dieser Entscheidung zu Grunde liegt, könnte es zweifelhaft erscheinen, ob der Anspruch des Klägers auf die Schätzungssumme oder sein Recht an der Sache zurückstehe. Damit, dass Antoninus entschied, dass der Anspruch auf die Schätzungssumme fortfalle, wenn der Kläger die Sache selbst inzwischen erhalten habe, wurde anerkannt, dass die condemnatio pecuniaria nur den Charakter eines Notbehelfes habe.

Hier steht die e. d. zugleich in der Gestalt als e. causa finita und hat ihr Gegenstück in der von Ulpian l. 23 ad Ed. l. 2 D. 12 7 angeführten condictio sine causa; vgl. unten § 41.

§ 26.

IV. Unabänderlichkeit.

a) Des Urteils.

I. Von dem Grundsatze, dass ein gesprochenes Urteil seinem Inhalte gemäss streng durchgeführt werden muss, findet sich ausser dem soeben behandelten Zurücktreten der Geldverurteilung vor der rechten Leistung nur eine einzige Ausnahme im römischen Recht; bei der Rechtswohlthat des

Notbedarfs. War diese Einrede durch ein Versehen des Richters nicht schon im Prozesse berücksichtigt, so konnte sie noch die Zwangsvollstreckung beschränken; l. 17 § 2 D. 24. 3, Paulus l. 7 ad Sab. Paulus selbst erschien die Anwendung dieser e. d. als etwas so ausserordentliches, dass er in l. 32 § 14 D. 4. 8, wo er die analoge Anwendung für den Schiedsspruch behandelt, sagt: per hanc ergo exceptionem quaedem appellandi species est.

1. Die historische Bedeutung der e. d. in l. 17 § 2 D. cit. liegt darin, dass sie das Vorbringen der Rechtswohlthat des Notbedarfes auch noch in der Executionsinstanz ermöglichte. Das ergibt sich aus folgender Betrachtung:

Der Einwand ut in id, quod facere potest, condemnetur, heisst zwar in einigen Stellen des Corpus juris exceptio — vgl. hierüber Pernice Labeo II S. 127 [115] —, nirgend aber exceptio doli.

Wenn nun schon Sabinus und Neratius im Falle der l. 17 § 2 cit. e. doli geben, so sagen sie damit, dass zu der Rechtswohlthat des Notbedarfes hier noch ein anderes Moment hinzukomme: das Versehen des Richters. Würde Ulpian erst die e. d. gegeben haben, dann könnte man unter Verweisung auf l. 2 § 5 D. 44. 4 vielleicht einwenden, die e. d. stehe hier nur in formeller Funktion, bei Sabinus trifft das jedenfalls nicht zu; vgl. oben § 2, S. 6 fg.

Auf Grund dieser e. d. ist das römische Recht weiter gegangen. Eine von Paulus in l. 47 § 2 D. 42. 1 angeführte constitutio verlieh dem Schuldner das Recht, die Einrede des Notbedarfes überhaupt erst in der Executionsinstanz vorzubringen Damit hat dann die Einrede einen ganz anderen Charakter bekommen Sie stellt nicht mehr das Verlangen der condemnatio in id, quod fac. pot.; das Urteil ist ja bereits erfolgt; sie verlangt executio in id q. fac. p. Die historische Vermittelung dieser Begriffsverwandlung ist durch die e. d. geschehen.

2. Eine praktische Bedeutung hat die hier behandelte e. d. nicht Analoge Anwendungen derselben bei Vernachlässigung anderer Einreden lassen sich im Corpus juris nicht nachweisen, auch spricht l. 23 § 3 D. 12. 6, Ulpian l. 43 ad Sab. direkt dagegen Aber auch für die Rechtswohlthat des Notbedarfes muss auf Grund des § 686 C. P. O. Aufhebung der l. 17 § 2 cit. behauptet werden; vgl. Windscheid § 268 [6a], Dernburg II § 57.

b) Des Schiedsspruches.

In weiterem Umfange als bei dem Urteile des judex erkennen die römischen Juristen die e. d. bei dem Schiedsspruche an. Natürlich richtet sich hierbei die Einrede nicht gegen die actio judicati, sondern gegen die Klage aus der Strafstipulation, die auf Nichtanerkennen des Spruches steht.

1. Der eine der hier denkbaren Fälle enthält rein die analoge Anwendung der eben besprochenen e. d. Ein Schiedsrichter macht sich aus eigenem Antriebe einer Beugung des Rechtes zu Gunsten oder zum Nachteil einer Partei schuldig (vgl. § 336 Str.-G.-B); l. 3. C. 2. 55; ebenso entscheidet Paulus l. 13 ad Sab. l. 32 § 14 D. 4. 8.

2. Der zweite Anwendungsfall enthält die e. d. in doppelter Beziehung, einmal zur Durchbrechung des Satzes von der Unanfechtbarkeit des Schiedsspruches, an zweiter Stelle um vertragswidrige Erfüllung einer Bedingung unwirksam zu machen. Es handelt sich nämlich um die Frage, ob die Conventionalstrafe auch verfalle, wenn die eine Partei den Schiedsrichter zur Beugung des Rechtes veranlasst habe (vgl. § 334 Str.-G.-B.); l. 31 D. 4. 8, Ulpian l. 13 ad Ed. Auch hier greift die e. d. ein. Dem materiellen Grunde nach gehört sie in den Abschnitt der Bedingung S. 27 § 10, der Wirkung nach — Abänderung des Schiedsspruches — in diesen Zusammenhang.

3. Für das geltende Recht sind beide Arten der e. d. noch materiell von Bedeutung; § 867, 6 C. P. O. Die Form der Geltendmachung richtet sich freilich jetzt nach § 868, 870, 871 C. P. O.

§ 27.

V. Klagenkonkurrenz.

1. Allgemeines.

Bei dem fein ausgeführten römischen Aktionensystem, der grossen Anzahl ziviler und praetorischer Klagen trifft es sich leicht, dass ein Zweck mit mehreren Klagen erreicht werden kann. Der Gegenstand ist juristisch derselbe, die Mittel ihn zu erlangen verschieden. Aber ein Mittel durchgeführt schliesst naturgemäss die andern aus, soweit wenigstens das Ziel gemeinsam ist.

Die Thatsache der Klagenkonkurrenz bestand schon lange vor Einführung der e. d. Wie half man damals? Und warum wurde später von den Juristen die e. d. zu Hilfe genommen?

Die Quellen bieten uns noch die Möglichkeit eines Einblickes in das ältere Verfahren. 1. kollidierten act. b. f. oder arbitria mit act. str. jur. und stellte der Kläger zuerst die a. b. f. an, so musste er Sicherheit leisten, dass er die a. str. jur. nicht mehr anstellen werde. Dazu bedurfte es keiner exc., das lag schon im officium judicis; l. 13 D. 6. 1. Der Kläger, welcher mit der rei vindicatio seine beschädigte Sache zurückverlangt und zugleich Entschädigung erhält, muss sich der a. leg. Aquiliae begeben. Paulus l. 20 ad Ed. gibt in l. 36 § 2 D. 5. 3 unter Berufung auf Pomponius eine analoge Entscheidung für das Verhältnis von her. pet. und a. legis Aquiliae.

Klagte der Verletzte zuerst mit der a. str. jur., so brauchte er dabei keine Sicherheit, dass er die a. b. f. nicht anstellen werde, zu leisten. Der judex war zu einer solchen Auflage durch sein officium im strict. jur. judicium gar nicht berechtigt; die a. b. f. fiel aber weg, weil sie nicht mehr ex fide bona war.

2. Es ist klar, dass das Verfahren im ersten Falle an zwei Mängeln litt. Einmal konnte der Verletzte immer noch den Beklagten mit einer neuen Klage belästigen, wenn auch gegen Verfall seiner Sicherheit.

Anderseits, was sollte geschehen, wenn zwei act. es str. jur. vorlagen oder der Beklagte versäumt hatte, im ersten Verfahren sich Kaution stellen zu lassen?

Dem ersten Uebel wurde dadurch abgeholfen, dass man in der klassischen Zeit an Stelle der Kaution Aufgabe der Klage setzte. Pomponius l. 6 ad Sab. l. 9 § 1 D. 47. 2, Gajus l. 10 ad Ed. Prov. l. 25 § 5 D. 19. 2 und Ulp. l. 28 ad Ed. l. 7 § 1 D. 13. 6.

Im zweiten Falle konnte wohl ursprünglich nur durch denegatio actionis geholfen werden.

Hier griff denn nun eine exceptio in factum ein, die, wie es scheint, schon zu Ciceros Zeiten gebräuchlich war. Ich sehe in ihr die bisher unerklärte, bei Cicero an 2 Stellen — de finibus V. C. 29 § 88 und Epist. ad. fam. XIII 27 § 1 — erwähnte exceptio (si) de eadem re alio modo (actum non sit).

Die Anwendung der e. d. g. an Stelle dieser e. in factum scheint Julian zuerst in grösserem Masse zur Durch-

führung gebracht zu haben, wenigstens sind eine ganze Reihe von Entscheidungen in dieser Frage von ihm getroffen. Die Bedeutung dieser Umwandlung der e. in factum in die e. doli liegt darin, dass nunmehr der Beklagte in jure überhaupt nicht die Thatsachen, auf welche er seinen Einwand stützt, anzugeben braucht und somit dem Praetor die Last abgenommen ist zu untersuchen, ob die behaupteten Thatsachen, auch wenn sie sich bewahrheiten, Grund zu einer exceptio geben. Die e. d. g. steht also hier in der formellen Funktion.

§ 28.

2. Anwendungen.

Des näheren müssen wir hier zur Anwendung der e. d. folgende Möglichkeiten unterscheiden. 1. Es stehen einer Person verschiedene Ansprüche gegen dieselbe Person zu. 2. Mehrere haben Ansprüche gegen Einen. 3. Einer hat Anspruch gegen Mehrere.

1. Wenn eine und dieselbe Person mehrere Ansprüche gegen eine andere hat, so kann das auf dem Willen des Verpflichteten beruhen oder auf Rechtsatz.

Im ersten Falle ist aus der Bestellung eines mehrfachen Forderungsrechtes auf eine Sache nicht Verpflichtung auf mehrfache Leistung zu vermuten, sondern nur Sicherung des Gläubigers; l. 84 § 6 D. 30, Julian l. 32 Dig. Man vergl. die analoge Entscheidung in l. 84 § 2 eod.

Häufiger findet sich, dass jemand unbeabsichtigt durch mehrere Aktionen verpflichtet wird. Es konkurrieren dann vielfach Vertrags- und reipersekutorische Deliktsklage; l. 34 D. 44. 7, Paul. lib. sing. de conc. action. l. 71 pr. D. 47. 2, Javolenus l. 15 ex Cassio.

Ein Beispiel von Gesetzeskonkurrenz bietet l. 14 § 13 D. 4. 2, Ulp. l. 11 ad Ed.

2. Mehrere haben gegen Einen Ansprüche, die dasselbe Ziel haben. Auch hier können diese Ansprüche vom Schuldner bestellt sein; l. 29 D. 23. 3, Ulp. l. 36 ad Sab.

Einen merkwürdigen Fall bietet l. 28 D. 13. 7, Julian l. 11 Dig. Dem Pfandgläubiger ist die Pfandsache abhanden gekommen. Er verklagt den dritten Besitzer und erhält von ihm die Streitschätzung, die bekanntlich bei der a. hypothecaria nicht Aequivalent für die Pfandforderung, sondern

für den Wert der Sache ist. Der rei vindicatio steht nunmehr e. d. entgegen.

Hierher gehört auch meines Erachtens l. 85 D. 30, Paul. l. 11 ad Plaut. Duobus coniunctim fundus erat legatus; alter ex his partis aestimationem per actionem personalem abstulit, alter si fundum totum vindicare velit, e. e. doli pro parte dimidia repellitur. Die Stelle bedarf einer kurzen Erläuterung. Was bedeutet a. personalis? Meines Erachtens Deliktsklage. Jemand hat die Sache beschädigt und muss dem Miteigentümer den Wert seines Anteiles ersetzen.

Ulpian l. 68 ad Ed. in l. 3 § 15 D. 43. 5 berichtet folgenden Fall. Der Inhaber der Testamentsurkunde weigert sich dieselbe dem Interessierten vorzuzeigen. Er haftet diesem aufs Interesse, ist es ein Vermächtnisnehmer also auf den Wert des Vermächtnisses. Dann soll der Bedachte später das Legat nicht einfordern können.

3. Mehrere Ansprüche gegen verschiedene Personen verfolgen meist dann denselben Zweck, wenn das Recht für ein Delikt reipersekutorische Haftung mehrerer vorschreibt. Für das röm. Recht kommen also hauptsächlich die Bestimmungen über Entwendungen bei einem Schiffer, Gast- oder Stallwirt in Betracht; l. 3 § 5 D. 4. 9, Ulp. l. 14 ad Ed.; vgl. auch l. 6 § 4 eod., Paul. l. 22 ad Ed. Für das moderne Recht sind die Vorschriften des Haftpflichtgesetzes von besonderer Bedeutung.

Einen singulären Fall bringt Paul. l. 2 Manualium in l. 51 § 1 D. 42 1. Wird der in den Besitz eingewiesene Gläubiger an der Besitzergreifung gehindert und erhält er sein Interesse, das heisst seine Forderung von dem Störenden ersetzt, so wird der Schuldner frei.

§ 29.

3. Verwandte Fälle.

Das Corpus juris bietet noch einige verwandte Fälle, die ich hier anschliessen möchte.

1. Bekanntlich haftet bei den auf Herausgabe einer Sache gerichteten Klagen der fictus possessor wie der wirkliche Besitzer. Das Verhältnis der Ansprüche ist jedoch kein konkurrierendes, sondern koexistentes. Anders ist es bei den a. es noxales. Da kann der fict. possessor ver-

langen, dass zuerst der wirkliche Besitzer belangt werde; l. 39 § 2 D. 9. 4, Julian l. 9 Dig.; vgl. l. 25 D. eod., Gajus l. 6 ad Ed. Prov. Wird der Sklave freigelassen, und ist er bereit sich selbst zu verteidigen, so hat sein früherer Herr e. d.; l. 24, l. 26 pr. eod.; Paul. l.18 ad Ed. unter Berufung auf Julian und Labeo.

Es scheint überdies, als sei bei jeder Klage der Standpunkt der älteren klassischen Juristen der gewesen, dass der fict. possessor sich durch Verweisung auf den wirklichen Besitzer habe schützen können; vgl. l. 13 § 14 D. 5. 3, wo Ulp. l. 15 ad Ed. eine Anschauung von Marcellus berichtet.

2. Wird bei einer Klage auf Schadenersatz der Schade nach dem Urteil noch bedeutender, als er schon vorher war, so wäre das nächstliegende eine Klage auf das Mehr. Im Allgemeinen war das im röm. Recht wegen der Klagenkonsumtion nicht möglich. Zwei eigenartige Fälle sind mir bekannt geworden.

Zunächst l. 47 D. 9. 2, Julian l. 86 Dig. Jemand hat einen Sklaven verwundet und haftet daher aus dem dritten Kapitel der l. Aquilia bez. ihrer analogen Ausdehnung auf Ersatz des höchsten Wertes im letzten Monat. Nachträglich stirbt der Sklave an der Verwundung. Der Herr kann nach dem 1. Kapitel des zit. Gesetzes Ersatz des höchsten Wertes im letzten Jahre verlangen. Jetzt selbstverständlich nur mehr die Differenz.

Zerteilung einer gestohlenen Sache führt zur Kondiktion der Teile, ohne dass deshalb die auf die ganze Sache gerichtete Klage aufgehoben wäre. Mehr als das Ganze soll der Bestohlene aber nicht erhalten; l. 14 § 2 und 3 D. 13. 1. Julian l. 22. Dig.

§ 30.

VI. Prozesskaution.

Bei der cautio iudicio sisti hat die e. d. den Zweck die Verpflichtung des Schuldners in milder Weise auszulegen. Schwerlich kann man die e. aus dem Willen der Parteien erklären, wie z. B. Krüger (Beiträge) thut. Sie werden kaum bei dieser cautio etwas anderes gedacht haben, als bei sonstigen Konventionalstrafen. Der Praetor aber, welcher die Pflicht zu dieser Kaution auferlegt, bestimmte durch e. d.

zugleich auch den Umfang derselben unabhängig von dem Willen der Parteien. Des näheren ergibt sich folgendes Resultat. Ist das Ereignis, welches die rechtzeitige Leistung unmöglich machte, ohne Verschulden des Gegners eingetreten, so tritt bei der gewöhnlichen Konventionalstrafe der Verfall der Strafe trotzdem ein; vgl. l. 9 D. 22. 2, l. 23 pr. D. 4. 8. Die cautio judicio sisti erfährt jedoch eine besondere Behandlung. Schuldloses Nichterscheinen vor dem Richter schadet in gewissem Umfange nicht; der Strafanspruch des Gegners wird mittels e. d. gehemmt. Dasselbe greift bei dem compromissum in arbitrum Platz.

Welches sind nun die Gründe, welche hier e. d. gewähren? L. 4 § 2 D. h. t. spricht von dem Nichterscheinen wegen Krankheit. Weiter geht l. 21 § 9 D. 4. 8, sie gibt exceptio auch wegen Abwesenheit im Staatsdienste, Zurückhaltens durch einen Beamten oder sonst eines gerechten Grundes.

Was man nun hier unter justa causa zu verstehen habe, ergibt l. 2 § 1, l. 4 § 3 D. 2. 11, wo die durchgreifenden Entschuldigungsgründe angegeben sind. Ausdrücklich betont Ulpian aber, dass derjenige die e. nicht habe, welcher nur durch einen Privatmann zurückgehalten sei; l. 2 § 9 cod. Jede schuldlose Versäumung gewährt also nicht die e., wie Windsch. § 285 [12] meint, sondern nur eine solche, deren Beseitigung über menschliche Kraft hinausgeht oder einer Pietätpflicht wegen unmöglich ist.

Das röm. Recht geht jedoch in der Sonderstellung, die es der cautio judicio sisti gibt, noch weiter. Es sieht ganz von der Schuldfrage ab und stellt das Interesse des anderen Kontrahenten in den Vordergrund. Hat sein Recht keine Verschlechterung erfahren durch die Versäumnis des Gegners, so steht seiner Klage auf die verabredete Strafe e. d. entgegen; l. 8 D. 2. 11; vgl. l. 2 § 1 D. 2. 5 remittit praetor poenam. Dem entsprechend gibt denn auch Labeo in l. 4 § 3 D. h. t. e. d. dann, wenn bei einem Schiedsvertrage die Konventionalstrafe aus Versehen höher ausgefallen ist, als üblich. Der Gläubiger soll dadurch keinen Gewinn machen.

III. Kapitel.

Die e. d. g. im Sachenrecht.

§ 31.

In der Lehre vom Eigentum steht die e. d. in einer Anwendung, um Konsequenzen des Eigentumbegriffes, die später nicht mehr als billig empfunden wurden, die Spitze abzubrechen. Die röm. Juristen schritten nicht zu einer Abänderung dieser Konsequenzen, sie schlugen vielmehr den Weg ein, die vermögensrechtlichen Folgen, welche jene Konsequenzen nach sich zogen, zu beseitigen. Der erste Weg hätte leicht zu einer Erschütterung des ganzen Eigentumsbegriffes geführt und die Folgen wären kaum abzusehen gewesen. Der zweite Weg war ungleich sicherer. Die ganze Eigentumslehre blieb unberührt, es entstand nur der Anspruch auf Ersatz der Vermögensminderung. Das ist der Fall bei Verwendungen auf fremde Sachen. In einer zweiten Anwendung, der exceptio rei venditae et traditae, gingen die röm. Juristen dazu über, die Eigentumsgrundsätze geradezu abzuändern. Das hatte hier weniger Bedenken, weil die obligatorische Verpflichtung auf Eigentumsübertragung in diesem Falle bestand und dieselbe vermittels der e. d. als schon erfüllt betrachtet wurde.

I. Verwendung und Verbindung.

Von vornherein sind hier diejenigen Verwendungen auszuscheiden, welche jemand auf Grund eines bestehenden Vertragsverhältnisses macht. Diese kann er mit der entsprechenden Vertragsklage — ebenso auch einredeweise — geltend machen; um Ausgleichung einer aus Eigentumsverhältnissen fliessenden Vermögensverschiebung handelt es sich dabei nicht. Hier kommen lediglich Verwendungen in Betracht, die ohne zu Grunde liegenden Vertrag auf eine fremde Sache gemacht werden. Nur in diesem Falle hat die e. d. die Aufgabe Konsequenzen des Eigentumsbegriffes in ihrer vermögensrechtlichen Wirkung aufzuheben.

Drei Fragen sind es hier, die unsere besondere Aufmerksamkeit auf sich ziehen; zunächst die nach der Höhe

des zu leistenden Ersatzes, dann nach der Person des Ersatzberechtigten und der Klagbarkeit des Anspruches, endlich nach der Natur der e. d.

I. Die Höhe des Ersatzes richtet sich nach dem Werte der Verwendung. Das muss der Fall sein wenn unsere Behauptung richtig, dass die e. d. hier einen durch Rechtskonsequenzen eingetretenen, aber nicht als billig empfundenen Vermögensverlust ausgleichen soll. Diesen Satz durch Beispiele ausführlich zu beweisen, ist wohl überflüssig. Er ist allgemein anerkannt; vgl. übrigens Gajus II 76: Si . . . impensas in aedificium vel in seminaria vel in sementem factas ei solvere nolimus, poterit nos per e. em d. m. repellere . . .; l. 11 c. 3. 32 servare sumtus; l. 16 c. eod. offerre sumtus; l. 27 § 5 D. 6. 1 sumtus.

Wichtig ist, dass keine Stelle von der ungerechtfertigten Bereicherung ausgeht, vielmehr alle vom Standpunkte des Geschädigten, vom Vermögensverluste.

Anderseits ist dieser Grundsatz nicht streng durchgeführt. Der, welcher durch die Verwendungen gewinnt, soll nicht über seinen Gewinn hinaus Ersatz leisten müssen. Notwendige Verwendungen muss er also ganz ersetzen, denn sein Gewinn liegt in dem Ersparen derselben, nützliche dagegen braucht er nur in so weit zu ersetzen, als seine Sache wertvoller geworden. Celsus l. 3 Dig. l. 38 D. 6. 1.

II. Ersatz verlangen kann derjenige, welcher durch die Verwendungen verloren hat und zwar unbedingt dann, wenn ein dritter die Verwendung vorgenommen hat. Hat er es selbst gethan, so ist zu unterscheiden, ob er bewusst für einen andern gehandelt hat oder nicht. Danach unterscheidet sich zugleich die Klagbarkeit seines Anspruchs.

1. Hat ein Dritter, z. B. der durch Verbindung das Eigentum Gewinnende Verwendungen gemacht, so hat der Geschädigte bald a. utilis in rem, bald in factum actio und die entsprechende e. d.; Ulp. l. 16 ad Ed. unter Berufung auf Varus und Nerva l. 5 § 3 D. 6. 1. Im Falle des Eigentumserwerbs durch Bemalen hat der Eigentümer des Stoffes gegen den Maler utilis rei vidicatio und entsprechende e. d.; § 34 J. 2. 1, l. 9 § 2 D. 41. 1 Gajus.

2. Hat jemand Verwendungen gemacht in der Meinung für sich selbst zu handeln, d. h. als bonae fidei possessor, so hat er einen Anspruch auf Ersatz, aber nur in der Form der Einrede, er hat keine Klage. Die näheren Grundsätze, worauf sein Anspruch gehe, sind bekannt.

a) Der hereditatis petitio gegenüber auf Ersatz sämtlicher, auch der Luxusverwendungen. Dieser Satz hat sich aber wohl nicht mittels der e. d. entwickelt. Scaevola l. 3 Dig. in l. 58 D. 5. 3 und Paulus l. 20 ad Ed. in l. 38 eod. lehnen die e. d. ausdrücklich ab. Für die H. P. hat sich bekanntlich das Legisaktionenverfahren vor dem Centumviralgericht bis tief in die Kaiserzeit hinein erhalten, und da war kein Raum für die e. d. Nur Gajus l. 6 ad Ed. prov. in l. 39 § 1 eod. erwähnt die e. d. mit den Worten: proficiat nobis doli exceptio. Pernice Labeo II, S. 122 N. 95 schliesst daraus, dass zu Gajus' Zeiten das officium iudicis noch nicht die Ausdehnung hatte, wie zu Paulus' Zeiten. Ich sehe den Unterschied in dem Rechtsgebiet, von dem die beiden Juristen handeln. Gajus spricht vom Provinzialrecht und da gab es keine Centumvirn und keine legis actio. Daraus erklärt sich die e. d. bei ihm. Ferner muss man auch darauf aufmerksam machen, dass es bis Justinian hin bestritten war, ob die H. P. zu den b. f. oder str. jur. iudicia zu ziehen sei; § 28 J. 4. 6.

b) Der rei vindicatio gegenüber hat der redliche Besitzer Anspruch auf Ersatz der notwendigen und nützlichen Verwendungen; l. 4 § 9 D. h. t.

c) Eine der e. d. in dieser Anwendung direkt entsprechende Klage gibt es nicht. Dieser Satz findet sich in einer ganzen Reihe von Entscheidungen der röm. Juristen ausgesprochen. Julian in l. 33 D. 12. 6, Papinian in l. 48 D. 6. 1, Paul. in l. 14 D. h. t., l. 14 § 1, l. 29 pr. D. 10. 3. Zur Beleuchtung, wie peinlich die röm. Juristen darauf blickten, dass dieser Impensenanspruch nicht klagbar sei, möchte ich auf die analoge Entscheidung in l. 29 § 3 D. 21. 1, Ulp. l. 1 ad Ed. aed. curul. hinweisen. Selbst der Käufer, welcher auf die gekaufte Sache Verwendungen gemacht hat und dieselbe nunmehr zurückgibt, kann die Verwendungen nur einredeweise beanspruchen.

Diesen ganz bestimmt sprechenden Stellen gegenüber kann man sich nun nicht etwa auf l. ult. D. 3. 5, African l. 8 quaest. und l. 6 § 5 D. 3. 5, Julian l. 3 Dig. für die Klagbarkeit des Impensenanspruches berufen.

Wenn auch die Stellen aussprechen, dass man mit a. neg. gest. Ersatz verlangen könne, wenn man unwissentlich fremde Geschäfte besorgt habe, so findet dies eben seine Grenze an den obigen Entscheidungen über Impensenansprüche.

Mit mehr Recht scheint man sich aber auf l. 50 § 1 D. 5. 3, Papinian l. 6 quaest. und l. 49 *i. f.* D. 3. 5, African. l. 8 quaest. zu berufen, und man hat diese Stellen denn auch verwertet, um wenigstens dem gutgläubigen Erbschaftsbesitzer einen klagbaren Anspruch auf Ersatz zu geben.

M. E. ist das nicht angängig. Die beiden Entscheidungen gehören überhaupt nicht in die Lehre von den Verwendungen. Es handelt sich in beiden Fällen um die Frage: kann jemand, der erbschaftliche Lasten irrtümlich getragen hat, von dem wirklichen Erben Ersatz verlangen? Regelmässig wird das ein Fall der condictio indebiti sein. Irrtum in der Schuldnerperson; l. 65 § 9 i. f. D. 12. 6. Die beiden Stellen haben aber eine eigenartige Komplikation. In l. 50 § 1 cit. hat ein Falscher das vom Erblasser anbefohlene Grabmal errichtet. Wer ist Leistungsempfänger? Der wirkliche Erbe! Denn er ist bereichert. Er hätte gezwungen werden können, das Grabmal zu errichten; wenn auch nicht mit einer actio, so doch durch Kaiser und Pontifex, sagt Papinian. Und dass er diese Frage behandelt, zeigt uns, dass er denselben Gedankengang verfolgte, wie wir. Nicht den, ob es eine Verwendung sei. Welchen Sinn hätte da wohl die Frage: Hätte der Erbe zu der Leistung gezwungen werden können? Papinian untersucht vielmehr, ob der Erbschaftsbesitzer eine Verpflichtung des wirklichen Erben übernommen habe, ob also ein Irrtum in der Schuldnerperson vorlag. Er bejaht die Frage und gibt daher auch Klage auf Ersatz. Ebenso liegt es in l. 49 i. f. D. 3. 5. Da handelt es sich um Auszahlung von Legaten und die Antwort ist dieselbe wie oben. Klage auf Ersatz seitens des vermeintlichen Erben, wenn durch seine Leistung der wirkliche Erbe befreit ist: quandoque de ea solutione liberarer. Dieser Zusatz zeigt uns wiederum, dass African gar nicht vom Gesichtspunkte der Verwendungen ausgeht, vielmehr von der Erfüllung einer Verpflichtung seitens eines nicht Verpflichteten. Ebenso erledigen sich l. 14 § 11 D. 11. 7, Ulp. l. 25 ad Ed. und l. 32 pr. eod. Paul. l. 27 ad Ed.

Wir kommen also zu dem Satze: Es gibt überhaupt für den bona fide possessor keine Verwendungsklage. Damit ist freilich nicht ausgeschlossen, dass die Verwendungseinrede in Form der Replik auftritt. Diesen Umweg schlägt African l. 6 quaest. in l. 28 D. 9. 4, die wir unten behandeln werden, ein, indem er actio Publiciana und gegenüber der e. dominii replicatio doli wegen Verwendungen gibt.

3. Wir kommen nun zu dem dritten Falle, nämlich dass jemand wissentlich Verwendungen für einen anderen macht.

a) Ist er m. f. possessor, so hat er lediglich Retentionseinrede. Die Frage, ob jemand b. oder m. fide gewesen, richtet sich nach dem Augenblick, in welchem er die Verwendungen macht; Ulp. l. 17 ad Ed. in l. 37 D. 6. 1.

Eine Klage hat er überhaupt nicht.

b) Anders wird der ungiltig beschenkte Ehegatte behandelt. Er ist zwar auch m. f. possessor l. 19 pr. D. 24. 1, hat aber doch Anspruch auf Ersatz der nützlichen Verwendungen l. 10 D. h. t.; Marcian l. 3 Regul. Er hat sogar eine condictio auf Ersatz l. 19 D. 24. 1, Ulp. l. 32 ad Sab.

c) Der, welcher bewusst auf fremde Sachen Verwendungen macht, in der Absicht dem Dritten dadurch zu nützen, hat e. d. wegen der notwendigen und nützlichen Verwendungen; l. 14 D. 39. 6, Julian l. 18 Dig. und condictio, l. 40 § 1 D. 12. 6, Marcian l. 3 Reg., l. 58. 60 D. de leg. 1, Papinian l. 9 Resp., Julian l. 39 Dig.

Somit ist nachgewiesen, dass einerseits die Grenze zu eng ist, wenn man bei Verwendungen und Verbindung überhaupt keine Klage geben will, sofern der Verlierende selbst die Verwendungen gemacht hat, wie z. B. Windscheid I § 190[3] thut, anderseits zu weit gegangen, wenn man in jedem Fall Klage geben will.

Zur Beleuchtung des eben behandelten möge noch auf l. 5 § 2 D. 25. 1 Ulp. l. 35 ad Sab. verwiesen werden. Der Ehemann kann die notwendigen Verwendungen auf die Dos mittels condictio ersetzt verlangen. Freilich steht da Ulpian mit Marcellus allein: sed etsi plerique negent, tamen propter aequitatem Marcelli sententia admittenda est.

III. Dem Charakter des bei der Verwendung verlorenen Rechtes entsprechend wirkt auch die den Verlust ausgleichende e. d. dringlich. Jeder Besitzer, der Rechtsnachfolger des Verwendeten ist, kann sie geltend machen und zwar jedem Kläger gegenüber; l. 14 § 1 D. 10. 3 Paul. l. 3 ad Plaut.

II. Die e. rei venditae et traditae.

§ 32.

1 Beim Eigentum.

Meist zerlegt man die Anwendungsfälle der e. rei vend. et trad. in zwei Gruppen. Das Unterscheidungsmerkmal sucht man darin, ob die exc. die ungiltige Veräusserung ersetzt, sie also von Anfang an wirksam macht, oder ob sie die Veräusserung nachträglich wirksam werden lässt; vgl. Leonhard in Jherings Jahrbüchern Bd. 17 Nr. 6 und Dernburg Pand. I § 216.

Ich betrachte die e. rei vend. et trad. lediglich als eine Anwendung der e. d. unter einem speziellen Namen, der m. E. von den klassischen Juristen nicht als technischer gebraucht wurde.

Das dieser exc. zu Grunde liegende Moment ist die Erklärung, dass man mit dem Eigentumserwerb seitens eines anderen einverstanden sei.

Warum wirkt diese Erklärung aber, so kann mit Recht eingewandt werden, nur mittelbar; warum erhält der Erwerber das in Frage kommende Recht nicht direkt?

Der Grund kann ein zweifacher sein.

1. Der Eigentümer erklärt sein Einverständnis mit dem Rechtserwerb ohne sich bewusst zu werden, dass die Sache seine eigene ist.

2. Der Veräusserer hat das Rechtsgeschäft selbst noch nicht vollzogen, der Besitzübergang ist auf andere Weise eingetreten, es kommt also der Satz zur Anwendung: Dolo facit, qui petit quod redditurus est; l. 8 pr. D. h. t., l. 173 § 3 D. 50. 17.

1. Es ist klar, dass ausdrücklicher bewusster Verzicht auf das Eigentum seitens des nichtbesitzenden Eigentümers den Besitzer zum Eigentümer macht.

Denken wir an den Fall, dass der Eigentümer mit dem Besitzer sich über den Eigentumsübergang einigt, oder dass er jemanden den Auftrag zur Uebertragung seines Eigentums gibt. Die exc. kommt erst zur Anwendung, wenn ein unbewusster Verzicht vorliegt. Das findet sich nun wenn jemand, sein Eigentum nicht kennend, sein Einverständnis mit fremder Uebertragung kund gibt.

Der Eigentümer ist an diese Willenserklärung gebunden und kann sich nicht etwa damit entschuldigen, er habe sein Eigentum nicht gekannt, also auch nicht verzichten können. In dem Einverständnis mit fremder Uebertragung liegt die allgemeine Erklärung, dass man mit dem Rechtserwerbe seitens des Empfängers einverstanden sei und man kann diese Erklärung nicht dadurch entkräften wollen, dass man an diesen oder jenen speziellen Fall nicht gedacht habe. Liegt der Fall nun so, dass man selbst das Recht an der Sache hatte, welches der Erwerber zu erlangen hoffte, so hat man durch die Konsenserklärung auf sein Recht verzichtet, vielleicht unbewusst — nichts desto weniger hat man verzichtet.

Es ist Verzicht kraft Reflexwirkung.

Freilich erkennt das ältere röm. Recht einen unbewussten Willen nicht an, sonst würde Wirkung ipso jure eintreten. Erst der Praetor greift mit exc. ein.

Dass diese Konstruktion der e. rei venditae et traditae in ihrer ersten Anwendungsart die quellenmässige ist, ergibt l. 11 i. f. C. 8. 44 venditioni adeo consensum dedit, ut se etiam pro evictione obligaverit. Dass sie auch die richtige ist, glaube ich mit Sicherheit aus l. 31 C. 8. 44 zu entnehmen. Heredem fideiussoris rerum, pro quibus defunctus apud emtorem intercesserat pro venditore, factum eius, cui successit, ex sua persona dominium vindicare non impedit, scilicet evictionis causa durante actione.

Man hat diese Stelle immer als Anomalie empfunden, sie auch vielfach als nur vom strictum jus redend verstanden, so dass exc. wohl zulässig sei; z. B. Glück XX S. 439. 40 unter Berufung auf viele ältere Schriftsteller; Cujacius, Donellus.

Die Stelle erklärt sich m. E. so: Der Erblasser hat durch die Bürgschaft gegen die Entwehrung auf ein Recht an der Sache nicht verzichtet, weil er keines an derselben hatte. Es geht gegen ihn als Bürgen nur die Eviktionsklage, keine exc. rei vend. et trad. Der Erbe, der lediglich in die Rechte und Pflichten des Erblassers eintritt, haftet also, wenn er als Eigentümer vindiziert, nur mit der Eviktionsklage, nicht mit exc. Dies ist nichts als Konsequenz, keine Anomalie.

Die Fälle selbst gedenke ich hier nur kurz anzugeben, wie es die mir gestellte Aufgabe erheischt; näheres bieten die monographischen Darstellungen.

a) Der Eigentümer genehmigt von Anfang an die Veräusserung. Er übernimmt die Bürgschaft wegen Entwehrung; l. 11 C. 8. 44. Er beauftragt den Nichteigentümer zu veräussern; l. 1 § 2 D. 21. 3, l. 49 D. 17. 1 in dem zweiten Falle (vgl. Jhering Jahrbücher Bd. 2 S. 176 fg.). Er verkauft als Pfandgläubiger l. 10 D. 20. 5. Er verkauft als Mandatar des Nichteigentümers l. 49 D. 17. 1 im ersten Falle.

b) Der Eigentümer genehmigt späterhin die Veräusserung, er tritt z. B. die Erbschaft des Veräusserers an. Damit erkennt er sämtliche Rechtsgeschäfte desselben an; l. 7 C. 7. 16, l. 1 § 1 D. 21. 3, l. 73 D. 21. 2, l. 14 C. 3. 32, l. 3 C. 4. 51, l. 14 C. 8. 44.

2. Doli facit, qui petit, quod redditurus est.

Zwei Anwendungen dieses Satzes sind hier zu unterscheiden:

a) Der Eigentümer veräussert und der Erwerber erlangt zwar nicht durch Tradition, wohl aber sonst fehlerfrei den Besitz; l. 1 § 5 D. 21. 3, l. 7 § 6 D. 41. 4.

Ueber die Einschränkungen dieses Satzes siehe Leonhard l. c. S. 187, Anm. 4.

b) Der Veräusserer erwirbt später das Eigentum l. 1 pr. D. 21. 3, l. 2 eod., l. 17 D. 21. 2, l. 72 D. 6. 1.

Betrachten wir nun das Verhältnis der e. rei venditae et traditae zur e. d. Der Name e. rei vend. findet sich nur an drei Stellen des Corp. juris. In der Ueberschrift des übrigens sehr kurzen Digesten-Titels 21. 3, in der l. 3 eod. Hermogenian l. 6 juris Epitom. und in l. 20 D. 44. 1 Paul. l. singulari de conceptione formularum.

Sonst findet sich eine ähnlich benannte exc. noch bei Julian l. 44 Dig. in l. 7 § 6 D. 41. 4: e. rei voluntate eius traditae und bei Ulp. l. 16 ad Ed. l. 14 D. 6. 2: sinon auctor meus ex voluntate tua vendidit. Aus dieser Thatsache können wir schon schliessen, dass die Bezeichnung e. rei vend. et trad. keine ediktsmässige war; denn sie findet sich nicht mit einem feststehenden technischen Namen. Dies wird bestätigt durch l. 4 § 32 D. 44. 4. Ulp. l. 76 ad Ed. nennt sie dort eine e. in factum comparata; das kann doch nur heissen eine für den Fall besonders zurecht gemachte, eine im Edikte nicht gegebene. Das Nebeneinanderbestehen der e. in factum und der e. d. g. erklärt sich nun aus der schon mehrfach besprochenen formellen Funktion der e. d. Sie verschiebt die rechtliche Würdigung, ob die behaupteten

Thatsachen e. rei vend. et trad. begründen, ins judicium. Dass wir es hier nun wirklich mit dieser formellen Funktion zu thun haben, wird am schlagendsten dadurch bewiesen, dass im Codex überhaupt nur mehr e. doli vorkommt.

Alexander a. 232 in l. 11 C. 8. 44, Diocletian a. 293 in l. 14 C. 3. 32 und in l. 3 C. 4. 51.

Das Ergebnis ist also: Die exc. rei vend. et trad. bildet bei den röm. Juristen kein abgeschlossenes Rechtsinstitut wie etwa die e. rei iudicatae u. s. w. Sie enthält zwar einen einheitlichen Rechtsgedanken. Dieser vereinigt sich aber mit zwei verschieden gearteten Anwendungen der e. d., ohne jedoch eine derselben in ihrem ganzen Umfange zu umfassen. Die e. d. zur Geltendmachung eines Verzichtes auf ein dingliches Recht findet sich auch sonst; vgl. § 6 S. 19 fg.

Der Satz doli facit, qui petit, quod redditurus est hat eine viel allgemeinere Bedeutung, als dass er sich auf das eben vorgetragene beschränken liesse.

Trotzdem hat die e. rei vend. et trad. eine wichtige Eigenart, sie wirkt dinglich; l. 2, l. 3 D. 21. 3, l. 4 § 32 D. 44. 4, l. 72 D. 6. 1.

Es beruht das auf der Vereinigung von Besitzübergang auf den Erwerber mit sofortiger oder nachfolgender Verzichterklärung seitens des Berechtigten. Würde die Einrede sich nur auf letzteres gründen, so könnte sie nicht dinglich wirken, weil das röm. Recht für die dingliche Wirkung bei Eigentumsgeschäften Besitzerwerb verlangt.

§ 33.

2. Anologe Ausdehnung der e. rei venditae et traditae im römischen Recht.

Analoge Ausdehnung der e. rei vend. et trad. findet sich im Corpus iuris beim Faustpfand; und zwar können wir dabei folgende geschichtliche Entwickelung beobachten.

Papinian l. 2 Resp. in l. 1 pr. D. 20. 1 und Ulp. l. 73 ad Ed. in l. 21 § 1 D. 20. 1 erkennen von den beiden Anwendungsarten der e. rei venditae et traditae beim Faustpfand diejenige, welche sich auf den Satz stützt dolo facit, qui etc. an.

Weder Papinian noch Ulpian erwähnen jene Anwendungsart der exc. rei vend. et trad., welche sich auf konklu-

denten Verzicht gründet. Dies Schweigen erklärt uns Paul. l. 3 quaest. in l. 41 D. 13. 7. Er leugnet ausdrücklich die Anwendbarkeit derselben für das Pfandrecht.

Modestinus l. 7 differentiarum in l. 22 D. 20. 1 erkennt schliesslich auch diese Art der exc. rei vend. et trad. als analog auf die Pfandbestellung anwendbar an und gibt zugleich die entsprechende Actio.

Ich scheue mich nicht analoge Anwendung des Gefundenen auf alle dinglichen Rechte zu behaupten.

Mag der gutgläubige Besitzer eine Servitut bestellen und später das Eigentum erwerben oder mag der Eigentümer den Servitutbesteller beerben, die juristische Konsequenz führt zu einem Vollgiltigwerden des Rechtsgeschäftes.

Das ist auch bei Gelegenheit einer ähnlichen Rechtsfrage in Seuff. Arch. 24 Nr. 190 anerkannt worden.

§ 34.

3. Die e. rei venditae et traditae im Grundbuchrecht.

Es ist in neuerer Zeit die Frage aufgeworfen worden, ob die e. rei vend. et trad. auch im Gebiete des Grundbuchrechts Anwendung finden könne. Die ältere Praxis bejahte es; Seuff. Arch. 6. 145, 19. 214. Die e. rei vend. et trad. könne mit ihrer dinglichen Wirkung vom Besitzer nicht nur dem Veräusserer, der noch nicht aufgelassen habe, sondern auch jedem Successor desselben, welchem später aufgelassen worden sei, entgegen gehalten werden. Leonhard a. a. O. verwirft die Anwendung der exc. meines Erachtens mit Recht und die jüngere Praxis hat sich dem auch angeschlossen; vgl. Seuff. Arch. 34 Nr. 14. Die Gründe von Leonhard kann ich aber als richtig nicht anerkennen. Er sagt, die e. rei vend. et trad. habe lediglich eine reformatorische Tendenz gehabt gegenüber dem alten Civilrecht, habe dieselbe erfüllt und sei daher nicht mehr in andern als den im Corp. iuris enthaltenen Fällen anwendbar.

Eine analoge Anwendung auf das Grundbuchrecht erachte ich dagegen für sehr wohl zulässig. Es muss aber auch wirklich eine analoge Anwendung sein, also eine solche, welche auf Gleichheit des Grundes beruht. Worin liegt diese? Im röm Recht ist zum freiwilligen Eigentumsübergang erforderlich — Besitz und Einwilligung der Berech-

tigten; im Grundbuchrecht — Eintragung und Einwilligung des Berechtigten. Berechtigt ist aber im Allgemeinen — ich ziehe hier nur das preussische Gesetz vom 5. Mai 1872 in Betracht — der Eingetragene, und es scheint, als bliebe damit für analoge Anwendung der exc. rei vend. et trad. kein Raum mehr, da durch Auflassung seitens des Eingetragenen und Eintragung unanfechtbares Eigentum übergeht.

Das ist nur scheinbar. Bekanntlich erwirbt nur der onerose Erwerber auf Grund der Auflassung seitens des eingetragenen Eigentümers unbedingt Eigentum, nicht der lukrative Erwerber. Nehmen wir nun folgenden Fall: Ein zu Unrecht Eingetragener verschenkt das Grundstück und lässt es auf. Der in Wirklichkeit zum Eigentum Berechtigte macht es dem Beschenkten streitig und muss siegen. Denken wir aber, er habe den Schenker beerbt: e. rei vend. et trad. utilis, er habe als Bürge oder Mandant seine Zustimmung gegeben. Denken wir ferner, der Schenker habe später von dem eigentlich Berechtigten durch obligatorischen Vertrag dessen Recht erworben: e. rei vend. et trad.

Das wäre analoge Anwendung des römischen Grundgedankens.

IV. Kapitel.

Die e. d. g. im Obligationenrecht.

§ 35.

I. Stellvertretungslehre.

Auszuscheiden ist hier zunächst der Fall, dass sich jemand bei der Ausführung einer übernommenen Verpflichtung eines Vertreters (Substituten) bedient. Es handelt sich hierbei um die Frage, wie weit schuldhaft oder arglistig schlechte Ausführung seitens des Substituten als Erfüllung anzusehen sei, zu einer Anwendung der e. d. kommt es nicht.

Diese wird dann von Bedeutung, wenn ein Vertreter nicht rein Faktisches, sondern Rechtshandlungen für einen anderen vornimmt. Dann fragt es sich an erster Stelle, ob jedes Verhalten des Vertreters, das in eigenen Angelegenheiten die e. d. begründen würde, auch zu Ungunsten des

Vertretenen wirkt, ob und in wie weit also der dolus des Vertreters auch dem Vertretenen schade.

An zweiter Stelle bedarf es einer Untersuchung ob ein von einem Vertreter geschlossenes pactum auch für den Vertretenen wirkt.

Drittens gilt es festzustellen, wie weit Bereicherung durch Stellvertretung Grund zur e. d. gibt. Hier handelt es sich also nicht um Ausdehnung der allgemeinen Grundsätze der e. d. auf Rechtsgeschäfte, die durch Vertreter vermittelt worden sind, sondern um einen besonderen Anwendungsfall, wie weit nämlich durch Vertretung gemachter Gewinn auf Kosten eines anderen durch e. d. wieder rückgängig gemacht wird.

§ 36.

1. Dolus des Vertreters.

Es ist selbstverständlich, dass der dolus eines Boten überhaupt nicht schadet. Er erklärt nur fremden Willen, ohne selbst an der Willensbildung beteiligt zu sein. Vorgänge in seinem Innern haben keinen Einfluss auf das Rechtsgeschäft, das er vermittelt. Weiss er also um Thatsachen, bei deren Kenntnis dem Auftraggeber die Einrede der Arglist entgegen gehalten werden könnte, so schadet dies dem Auftraggeber nicht; vgl. R. G. 9 S. 346 fg.

Für die Selbstvertretung im engeren Sinne gilt der Grundsatz: Es schadet derjenige Dolus, welchen sich der Vertreter in Ausführung eines in seinen Wirkungskreis fallenden Geschäftes zu Schulden kommen lässt. Das ergeben folgende Entscheidungen:

1. Wird jemand zur Prozessführung bevollmächtigt, so kommt es auf seinen dolus an vom Augenblicke der Litiskontestation ab. Was er vorher that, kommt nicht in Betracht, was er von jetzt ab vornimmt, fällt dagegen in seinen Geschäftskreis; l. 4 § 18 D h. t. Ulp. l. 76 ad Ed. Ebenso entscheidet Neratius l. 4, Membr. l. 11 pr. D. h. t.

2. Gegen einen Generalbevollmächtigten geben die röm. Juristen e. d. wegen omnis dolus desselben, ohne Rücksicht darauf, ob er in dem einzelnen Falle das Geschäft, auf Grund dessen er klagt, selbst abgeschlossen hat oder lediglich als Prozessvertreter auftritt.

Von dem Augenblicke der Vollmachtserteilung ab muss der Vertretene das Verhalten des Vertreters gegen sich gelten lassen; l. 4 § 18 i. f. D. h. t. Ebenso entscheidet Paul. l. 71 ad Ed. für den Fall, dass Jemand zur Führung eines gewissen Kreises von Geschäften beauftragt ist; l. 5 § 3 D. h. t.

3. Bei der gesetzlichen Stellvertretung nahm das röm. Recht einen teilweise anderen Standpunkt ein, offenbar favore minorum. Bei der Prozessvertretung galten zwar die allgemeinen Grundsätze Neratius l. 4 Membr. in l. 11 pr. D. h. t., sonst jedoch bestand, wie es scheint, eine ältere Anschauung, wonach der Dolus des Vertreters gegen den Vertretenen überhaupt nicht vorgebracht werden konnte; wohl von dem Gesichtspunkte aus, dass gesetzl. Vertreter bei arglistigem Eingriffe in das Vermögen des Mündels überhaupt nicht als Vormünder, das heisst in ihrem Wirkungskreise handeln (vgl. R. G. 15 S. 197). Javolen l. 13 ex Cassio l. 199 D. 50. 17. Ulp. l. 76 ad Ed. dagegen hält es für passender, die e. d. gegen den Mündel dann zu geben, wenn er durch die Handlung des Vormundes bereichert ist; l. 4 § 23, l. 4 § 25 D. h. t. Ebenso entscheidet Papinian l. 20 quaest., l. 3 D. 26. 9.

4. Es ergibt sich aus der Natur der Sache, dass für den procurator in rem suam besondere Grundsätze gelten müssen. Er übt zwar formell immer noch ein fremdes Recht aus, die Wirkungen desselben kommen jedoch ihm zu gute, er hat volle Verfügungsgewalt über das Recht, jedes Verhalten seinerseits wirkt also zu seinen Gunsten oder Lasten; l. 4 § 18 D. h. t.

5. Das Verhalten eines zur Vertretung nicht Berechtigten kann auf das Recht des angeblichen Auftraggebers natürlich keinen Einfluss haben. Für den protutor sagt dies ausdrücklich l. 4 § 24 D. h. t.

6. Der Dolus des Gewaltunterworfenen schadet dem Herrn dann, wenn der erstere innerhalb seines Geschäftskreises gehandelt hat, bei Peculiargeschäften also stets, sonst nur wenn und soweit eine Vertretung aufgetragen war; l. 4 § 17 D. h. t., l. 3 § 5 D. 13. 6, Ulp. l. 28 ad Ed.

7. Soweit der Dolus des Vertreters einredeweise dem Vertretenen entgegengehalten werden kann, kann er es auch klagweise. Zuerst scheint das im Peculienrecht anerkannt worden zu sein; l. 21 § 1 D. 15. 1, Ulp. l. 29 ad Ed. und l. 3 § 1, l. 5 pr. D. 14. 4, Ulp. l. 29 ad Ed. Ulpian scheint

dann den allgemeinen Satz aufgestellt zu haben, dass gegen den Vertretenen immer die actio doli auf Bereicherung gegeben werde; l. 15 pr. D. 4. 3.

§ 37.

2. Pactum des Vertreters.

Noch Diocletian stellt in l. 1 C. 4. 27 den Satz auf per liberam personam, quae alterius juris non est subdita, nihil acquiri posse, indubitati juris est. Trotzdem ist dieser Satz schon im klassischen röm. Recht mittels der e. d. durchbrochen worden. Ein in fremden Angelegenheiten abgeschlossenes pactum de non petendo wird nämlich in drei Fällen zu Gunsten bez. zu Lasten des Dritten aufrecht erhalten. Das röm. Recht erkennt hier also Stellvertretung mit direkter Wirkung für den Vertretenen an.

1. Schon Trebatius lehrt, dass der Erlassvertrag eines procurators über ein Recht oder eine Verbindlichkeit des Auftraggebers wirksam sei; l. 10 § 2 i. f. D. 2. 14, Ulp. l. 4 ad Ed. Nach Inhalt der Stelle tritt der Beauftragte als offener Stellvertreter auf. Denn er wird in einem schon bestehenden Rechtsverhältnis und in Bezug auf dieses thätig, was nicht anders, als auf dem Wege offener Stellvertretung denkbar ist.

Eine spezielle Anwendung des gefundenen Satzes sehe ich in l. 7 § 2 D. 20. 6, Gajus l. sing. ad formul.

2. Der Gewalthaber kann ein pactum unmittelbar auf den Kopf eines Gewaltunterworfenen stellen, wenn er zugleich für sich dasselbe pactum abschliesst; l. 21 § 2 D. 2. 14, Paul. l. 3 ad Ed.

Marcellus l. 44 § 1 D. 23. 3 gibt sogar e. pacti; l. 17 § 4 D. 2. 14, welche die Wirkung eines pactums für die Haustochter verneint, ist wohl mit diesen beiden Stellen nur derart vereinbar, dass man im Sinne von Paulus ergänzen muss: sed doli supererit exceptio. So auch H. Krüger Beiträge S. 107—110.

3. Paulus l. 3 ad Ed. hat in l. 27 § 1 D. 2. 14 noch eine dritte Anwendung der offenen Stellvertretung zur Durchführung gebracht.

Der Hauptschuldner kann ein pactum direkt auf den Kopf des Bürgen stellen. Sehr bezeichnend ist die Vertei-

digung seiner Ansicht: Ego didici prodesse fideiussori e. em. Non sic enim illi per liberam personam acquiri quam ipsi, qui pactus sit, consuli videmur. quo iure utimur.

Ein weiterer Kommentar zu diesen Stellen ist überflüssig. Wir haben eben hier die Ansätze zu der heute allgemein anerkannten Möglichkeit der offenen Stellvertretung mit unmittelbarer Wirkung für den Vertretenen, und diese Ansätze im röm. Recht sind mittels e. d. g. durchgeführt, aber nicht über deren Gebiet hinaus ausgedehnt worden.

§ 38.

3. Bereicherung durch Stellvertretung.

Die Anwendbarkeit der actio de in rem verso ist bekanntlich bestritten. Bald wird verlangt, dass der Beauftragte als offener Vertreter aufgetreten ist, so Jhering Jahrb. B. 1 S. 339 fg., Windsch. 2 § 483. 2, bald wird als hinreichend betrachtet, wenn der Vertreter von vornherein in Angelegenheiten, im Interesse des Dritten aufgetreten ist, so Dernburg II § 41. Das Quellenmaterial liefert bekanntlich kein sicheres Resultat. Die für die e. d. als e. de in rem verso wichtigen Entscheidungen enthalten das Erfordernis offener Stellvertretung nicht.

Die e. d. in der hier zu behandelnden Anwendung gründet sich auf Bereicherung durch Stellvertretung. Es ist nicht erforderlich, dass die Bereicherung derart ungerechtfertigt sei, wie bei den condictiones sine causa. Am schärfsten ist dies wohl in l. 17 § 4 D. 14. 3, Paulus 30 ad Ed. ausgesprochen.

Schon in dem vorigen Paragraphen trat uns die Erscheinung entgegen, dass bei der gesetzlichen Vertretung die röm. Juristen etwas andere Grundsätze anwandten als bei der gewöhnlichen. Hier stellt Ulpian l. 35 ad Ed. z. B. bei Rechtsgeschäften des Vormundes strengere Erfordernisse zur Begründung der e. d. als bei gewöhnlicher Stellvertretung. Seiner Ansicht nach ist ein Mündel dann nicht bereichert, wenn der Vormund unter ungiltiger Verpfändung eines Grundstückes ein Darlehen aufnimmt, denn es besteht ja die condictio ex mutuo gegen das Mündelvermögen. Ist aber ein Pfandgläubiger von dem Gelde befriedigt, so wird der Darlehnsgeber durch e. d. im Besitze der Pfandsache ge-

schützt; l. 7 § 5 D. 27. 9. Papinian l. 5 Resp. meinte, der Pfandnehmer sei dann zu schützen, wenn das Mündel zahlungsunfähig sei; l. 13 D. 27. 9. Paul. bemerkt hierzu indes, dem Pfandnehmer stehe auch dann e. d. zu, wenn das Mündel eigene Ausgaben erspart habe. Dieselbe Anschauung trägt er in l. 16 D. 13. 7 vor und der Kaiser Antoninus ist derselben Ansicht l. 3 C. 8. 16.

Die einzelnen Fälle sind nun folgende:

1. Es handelt ein zur Vertretung noch nicht Bevollmächtigter, z. B. ein Vormund, bevor er Kaution gestellt hat; l. 7 § 1 und § 2 D. 27. 10, Julian l. 21 Dig.

2. Es überschreitet ein Bevollmächtigter seine Befugnisse. Ein Vormund verpfändet ohne Beschluss der Obervormundschaftsbehörde ein Mündelgrundstück; l. 13 D. 27. 9 cit. Wie weit eine Vollmachtsüberschreitung in l. 1 C. 8. 16 von Sever und Antonin vorliegt, lässt sich nicht mit Sicherheit erkennen.

§ 39.

4. Anologe Fälle.

Das Gebiet der e. de in rem verso geht über das der Bereicherung durch Stellvertretung hinaus. Es umfasst besonders Fälle, in denen durch Handlung eines Gemeinschafters Bereicherung eingetreten ist. Tritt der Gemeinschafter als offener Vertreter der übrigen Sozien auf, so würde gegen diese a. neg. gestorum seitens des Dritten gehen. Handelt er dagegen in eigenem Namen, treibt er z. B. eine Forderung ganz ein, an der er als socius nur einen Anteil hat, und verwendet das Geld im Nutzen der übrigen Gemeinschafter, so ist deren Forderung wegen in rem versio erloschen.

Dieser Satz gründet sich auf l. 4 D. 24. 3, wo Pomponius von dem eigenartigen Gesamtrechtsverhältnis zwischen dem Vater und der dotierten Tochter nach Auflösung der Ehe spricht. Si pater sine consensu filiae dotem a viro exegisset et eandem alii viro eius filiae nomine dedisset et mortuo patre filia cum priore viro ageret, d. m. e. e. repellitur.

§ 40.

II. Bereicherungslehre.

1. Einleitung.

In dieser Materie kann es selbstverständlich meine Aufgabe nicht sein, die Lehre von der ungerechtfertigen Bereicherung erschöpfend darstellen zu wollen. Es gilt nur die im Corpus juris enthaltenen Anwendungen der e. d. systematisch zu ordnen. Zwei Gruppen unterscheide ich. Die e. d. soll eine ungerechtfertigte Bereicherung aufheben — sie soll der Entstehung derselben vorbeugen.

1. Sie hebt ungerechtfertigte Bereicherung auf: Es geschieht dies, wenn die Bereicherung durch die Entstehung eines Forderungsrechts stattgefunden hat, oder wenn auf eine schon bestehende Forderung hin erfolglos, das heisst ohne Erreichung der liberatio gezahlt worden ist.

2. Sie beugt ungerechtfertigter Bereicherung vor: Es macht durch sie der auf Leistung Belangte den Anspruch auf eine Gegenleistung geltend, auf welche er kraft gesetzlicher Vorschrift, nicht etwa kraft Vertrages ein Recht hat. Der Umfang der e. d. in dieser Funktion wird also hier im allgemeinen dahin begrenzt, dass das Recht auf Gegenleistung auf gesetzlicher Vorschrift beruhen muss. Ist es durch Vertrag begründet, so findet sich zwar auch die e. d., jedoch in einer Funktion, die in § 47 fg. behandelt werden soll.

In der ersten Gruppe von Fällen steht der e. d. in der Regel eine condictio sine causa ergänzend zur Seite. Der Benachteiligte hat die Wahl ob er mit der condictio oder mit der exceptio vorgehen will. In der zweiten Gruppe ist es Zweck der e. d. die Enstehung einer condictio zu verhindern, erst mit Ausserachtlassung der e. entsteht die condictio, oder kann sie wenigstens entstehen. In einigen Fällen bietet das röm. Recht einen anderen Weg zur Erzwingung der Gegenleistung, in einigen entspricht der e. gar keine Klage, ohne dass deshalb aber der Gesichtspunkt der e. d. ein anderer wäre.

§ 41.

2. Aufhebung einer Bereicherung.

a) Die Bereicherung liegt in der Entstehung eines Forderungsrechtes.

Als grundlegend für die Funktion der e. d. als Gegenstück zur condictio sine causa sehe ich l. 2 § 3 D. h. t., Ulp. l. 76 ad Ed. an (vgl. § 1 J. 4. 13). Die einzelnen Fälle gruppiere ich derart, dass ich zunächst die Art des die Bereicherung herbeiführenden Anspruches beleuchte, dann die verschiedenen Gründe darstelle, aus welchen das Ungerechtfertigte der Bereicherung sich ergibt.

I. Arten der Ansprüche sind folgende:

1. Vertragsmässiges Forderungsrecht. Einseitiger Vertrag liegt vor in l. 8 D. 12. 5, Paul. l. 3 Quaest. l. 3 C. 4. 5 Diocletian. Dabei kann dieser Vertrag eine neue Forderung begründen oder einer bestehenden zur Sicherung dienen. Für letzteres mögen l. 15 pr. D. 46. 1, Julian l. 51 Dig. und l. 3 § 7 i. f. D. 15. 1, Ulp. l. 29 ad Ed. als Belege dienen; vgl. noch die oben, Abschnitt über Reflexwirkung S. 38 behandelte l. 4 § 5 D. 2. 11, Ulp. l. 74 ad Ed. Gegenseitiger Vertrag findet sich in l. 5 § 1 D. 19. 1, Paul. l. 3 ad Sab.

Ist die Bereicherung durch Delegation vermittelt, so kann der Delegat dem Delegatar auch die e. d. entgegenhalten, welche der Delegant jenem gegenüber vorbringen könnte; l. 2 § 4 D. 39. 5, Julian l. 60 Dig. l. 7 § 1 D. h. t., Ulp. 76 ad Ed.; vgl. l. 9 § 1 D. 12. 4, Paul. l. 17 ad.

2. Forderungsrecht aus vertragsähnlichen Gründen. Der condictio sine causa selbst gegenüber steht die e. d., wenn der Rechtfertigungsgrund der condictio fortfällt, wenn z. B. ein Teilerbe eine Erbschaftsschuld aus Irrtum ganz bezahlt hat und dann durch Accreszenz Alleinerbe wird; l. 25 D. 46. 3, Pomponius l. 31 ad Sab. Die Stelle ist schon oben S. 40 § 17 bei der Lehre der Reflexwirkung behandelt. Hierher gehört ferner l. 96 § 4 D. 46. 3, Pap. l. 11 Resp. Ein Erbe hat während der Deliberationsfrist irrtümlich einen Gläubiger bezahlt. Er nimmt später die Erbschaft an und sein Rückforderungsrecht erlischt.

Der actio judicati gegenüber findet sich die e. d. in der schon oben S. 52 behandelten l. 1 C. 7. 52 Antoninus.

II. Der Anspruch muss ungerechtfertigt sein.

Als Gegenstück zur condictio indebiti tritt die e. d. in l. 3 C. 4. 5 cit., l. 5 § 1 D. 19. 1 cit., l. 43 § 1 D. 26. 7, Paul. l. 7 Quaest. l. 15 § 1 D. 36. 3, Paul. l. 25 ad Ed., und in l. 17 pr. D. h. t., Scaevola l. 27 Dig. auf. Der in letzter Stelle untergelaufene Irrtum kann freilich wohl nur einem homo rusticanus als entschuldbar verziehen werden.

Die cond. ob causam datorum wird vertreten durch die e. d. in l. 2 § 3 i. f. D. h t. cit. und l. 4 § 16 h. t.; vgl. Gajus IV § 116[a].

Eine turpis causa rügt die e. d. in l. 8 D. 12. 5 cit. Als exc. causa finita findet sie sich in l. 1 C. 7. 52 cit., l. 25 D. 46. 3 cit., l. 38 § 1 D. 15. 1, African l. 7, Quaest. l. 1 § 20 D. 36. 3, Ulp. l. 79 ad Ed. und l. 4 § 1 D. h. t.

§ 42.

b) Die Bereicherung beruht auf erfolgloser Leistung.

Ich fasse hier eine Gruppe von Fällen zusammen, in denen sich die e. d. auf den Akt der Zahlung gründet. Auch hier bezweckt sie, dem Kläger zu entgegnen: Der Anspruch, den du einklagst, ist sine causa bei dir. Der wesentliche Unterschied von den Anwendungen der e. d. im vorigen Paragraphen besteht aber darin, dass die e. d. sich hier auf den rechtsaufhebenden Akt gründet, während sie dort in dem rechtsbegründenden Akt ihre Entstehung findet.

1. Zahlung als rechtsaufhebender Akt wirkt im allgemeinen ipso iure. Die Anwendung der e. d. bedarf also besonderer Begründung; und diese findet sich bei dem im corp. iur. vorhandenen Material in folgenden Fällen:

I. Jemand leistet auf eine Schuld, die er aus einer anderen hervorgegangen glaubt.

II. Jemand, der sich irrtümlich für den Schuldner hält, leistet und kommt dann mit dem wirklichen Schuldner dahin überein, dass seine Leistung als die des Schuldners anzusehen sei.

III. Eine Sache, die nicht Leistungsgegenstand ist, wird geleistet.

IV. Es wird an jemanden geleistet, der nicht empfangsfähig ist.

I. Das erste ist der Fall, wenn jemand auf einen Anspruch hin leistet, welchen er kraft Novation oder Kondemnation aus einem früheren, wirklich vorhandenen entstanden glaubt. Der alte Anspruch ist dann durch die Zahlung nicht getilgt, weil auf ihn nicht geleistet wurde. Der angebliche neue Anspruch kann natürlich nicht getilgt sein, da er überhaupt nicht bestand. Und somit ist der Schuldner Schuldner geblieben trotz der Leistung.

Dieses Resultat zu beseitigen ist Aufgabe der e. d., wie uns Julian l. 5 Dig. in l. 74 § 2 D. de iud. 5. 1 zeigt.

Die Stelle enthält zwar noch die Komplikation, dass nicht der Schuldner selbst, sondern ein defensor, also negotiorum gestor für ihn leistet; für die Wesenheit der e. d. ist das aber von keinem Belang.

II. Leistet jemand auf eine Schuld hin, die nicht die seine ist, so kann er das aus zwei Gründen thun. Vielleicht will er den wirklichen Schuldner befreien, indem er bewusst als dessen Vertreter auftritt. Die Schuld wird ipso iure getilgt. Vielleicht hält er sich irrtümlicher Weise selbst für den Schuldner. Dann kann er seine Leistung zurückfordern, die Schuld ist nicht getilgt. Kommt er aber mit dem wirklichen Schuldner überein, dass die Leistung als seine Leistung anzusehen sei, so gilt der wirkliche Schuldner als Leistender und die Forderung ist entkräftet. Es gilt also der Satz: Nachträgliche Vereinbarung mit dem leistenden Nichtschuldner befreit den nicht leistenden Schuldner, freilich nur ope exceptionis.

Den hier behandelten Anwendungsfall der e. d. bietet uns Ulp. l. 15 ad Ed. in l. 31 pr. i. f. D. H. P. 5. 3.

Julian kennt, wie uns der Anfang der Stelle zeigt, diesen Anwendungsfall der e. d. noch nicht. Er schlägt den Umweg ein, dass der Erbschaftsbesitzer sich dem wirklichen Erben gegenüber verpflichten muss, als defensor in einem etwaigen Prozesse aufzutreten.

III. Wird eine andere Sache als der Leistungsgegenstand hingegeben, so kann die Schuld dadurch nicht getilgt werden.

1. Die Römer gingen hierin ursprünglich sehr weit, das zeigt uns Gajus III § 168.

2. Leistet jemand in der irrtümlichen Annahme, der geleistete Gegenstand sei im Stande die Schuld zu tilgen, so hat er eine Rückforderung des Geleisteten; und dieses

Recht kann er auch der Klage auf Erfüllung gegenüber mittels e. d. geltend machen. Die röm Juristen gehen jedoch weiter. Auch wenn der Leistende kein Rückforderungsrecht hat, geben sie ihm die e. d. Paul. l. 10 ad Sab. in l. 50 D. 46. 3 und Papinian l. 8 quaest. in l. 94 pr. D. 46. 3.

IV. Empfangnahme einer zur Schuldentilgung dienenden Leistung enthält die Veräusserung eines Vermögensbestandteiles, nämlich Aufgabe einer Forderung. Wer also nicht fähig ist zu veräussern, kann im allgemeinen auch Leistungen auf eine Schuld nicht in Empfang nehmen.

Daher ist eine Leistung an ihn nicht geeignet die Forderung aufzuheben; trotzdem ist sie nicht ganz wirkungslos. Eine gewisse Wirkung verleiht ihr die e. d. Es kann der Schuldner verlangen, dass der Kläger sich die Bereicherung anrechne.

1. Zur Anwendung kommt dieser Satz, wenn an einen Minderjährigen, Geisteskranken oder Verschwender geleistet ist. Gajus II § 84, Ulp. l. 76 ad Ed., l. 4 § 4 D. h. t. (44. 4).

Gleichgiltig ist selbstverständlich, ob an den Empfangsunfähigen selbst oder kraft Auftrags an seinen Gläubiger geleistet ist. Hermogeniam l. 6. Jur. Epitom. in l. 16 D. h. t. (44. 4); vgl. l. 4 § 26 D. h. t., l. 66 D. de sol. 46. 3.

Gleichgiltig für die Wesenheit der e. d. ist ebenfalls, ob die Klage während bestehender Vormundschaft angestellt wird: l. 4 § 4 cit. exceptionem petentibus nocere, das heisst Vormund und Mündel gemeinsam, oder ob sie nach Beendigung derselben erhoben wird; l 9 C. de usucap. pro emt. 7. 26, Philippus a. 250; vgl. Paul. l. 6 ad Sab. l 15 D. de sol. 46. 3.

Von Wichtigkeit dagegen ist es eine Voraussetzung der e. d. zu erwähnen, welche sonst der aus einer ungerechtfertigten Bereicherung entstandene Anspruch nicht hat. Die Bereicherung muss zur Zeit der Klageanstellung vorhanden sein; Paul. l. 20 ad Ed., l. 4 D. 44. 1. Vgl. Marcian l. 4 Regul. l. 47 pr. D. de sol. 46. 3.

2. Die historische Entwickelung dieser e. d. mag bei Julian eingesetzt haben. Vielleicht hat Labeo schon diesen Fall der e. d. gekannt. Auffallend ist aber auf jeden Fall, dass Ulpian zwar in l. 4 § 3 und § 5 D. h. t. Labeo als seinen Gewährsmann zitiert, für zwei Anwendungen der e. d. im § 4 dagegen sich nicht auf Labeo beruft. Sicher ist, dass Julian (l. 4 § 26 D. h. t.) die e. d. theoretisch zu

rechtfertigen sucht, wohl um die Richtigkeit seiner Theorie zu beweisen: Bei einem Mündigen, wenn auch noch Minderjährigen, unterliege die Möglichkeit des dolus, also auch der e. d. keinem Zweifel. De dolo autem ipsius minoris XXV omnis exceptio utique locum habebit. Aber auch der Unmündige sei, wenn er pubertati proximus, des dolus fähig, und es liege also kein stichhaltiger Einwand gegen die e. d. vor. Schliesslich komme es aber auf die doli capacitas überhaupt nicht an. Fingendus est, inquit pubes esse, ne propter malitiae ignorantiam bis eandem pecuniam consequatur. Und damit ist denn auch die e. d. gegen einen Geisteskranken gerechtfertigt.

Gajus Inst. II § 84 gibt demnach e. d. gegen den Unmündigen ganz ohne die Frage zu berücksichtigen, ob dieser auch eines dolus fähig sei.

Ulpian hat dann den Gedanken Julians, dass der Unmündige auch eines dolus fähig sein könne, wieder aufgenommen; nicht um die Anwendung der e. d. auf diesen Fall einzuschränken; er baut auf dem Satz Julians weiter und kommt dazu, den Exceptionsgedanken klagbar zu machen, in bewusstem Widerspruch zu Labeo, auch durch Julians Autorität wohl nicht unterstützt; l. 13 § 1 D. de dolo malo 4. 3.

Schon vorher hatte Antoninus Pius durch ein Reskript den in der e. d. liegenden Grundgedanken zur Aufstellung einer neuen actio in factum benutzt. Hat ein Mündel ein Erwerbsgeschäft abgeschlossen, das ihm zugleich auch eine Verpflichtung auferlegt, so ist der Erwerb giltig, die Verpflichtung nicht. Der Mündel ist also aus dem Vertrage bereichert und wird von der Klage auf Erfüllung mittels e. d. zurückgewiesen; vgl. l. 4 § 4 h. t.

Ist aber der Vertrag auf der einen Seite bereits erfüllt, dann bleibt weiter nichts übrig als die entsprechende Kontraktsklage auf Höhe der Bereicherung anzustellen. Und diese Möglichkeit hat erst Antoninus Pius gegeben; vgl. unter anderem l. 1 pr. l. 5 pr. D. de auct et cons. 26. 8, l. 1 § 2 — l. 3 D. de commod. act. 13. 6.

§ 43.

3. Vorbeugen gegen eine ungerechtfertigte Bereicherung durch e. d.

Der Gesichtspunkt der Verhinderung einer unger. Bereicherung findet sich in solchen Fällen, in denen eine Leistung kraft gesetzlicher Anordnung nur gegen eine Gegenleistung zu erfolgen braucht, aber ohne Anbieten derselben eingeklagt wird. Dann würde durch die Verurteilung des Beklagten eine unger. Bereicherung des Klägers hervorgerufen werden, und dies soll die e. d. verhindern. Die Gegenleistung hat keine selbständige Existenz, sondern setzt die Inanspruchnahme der Leistung voraus.

Die cond. sine causa entsteht erst, wenn der Schuldner geleistet hat, ohne die ihm gesetzlich zustehende Gegenleistung empfangen zu haben, weil erst mit diesem Augenblick die unger. Bereicherung eingetreten ist.

I. Bei Rechtsgeschäften unter Lebenden erwähne ich zwei gesetzliche Gegenleistungen, deren Erzwingung mittels e. d. sich quellenmässig beweisen lässt.

1. Der Niessbrauchberechtigte würde unger. bereichert sein, wenn er den Niessbrauch ohne Stellen der gesetzlich erforderten Kaution (bez. Kautionen) erhielte. Klagt er also auf Grund des nach röm. Sitte in Stipulationsform (l. 3 pr. D. 7. 1) gekleideten Niessbrauchversprechens, so kann der Belangte Stellen der Kaution verlangen. Nach geschehener Leistung kann der Niessbraucher mittels condictio zur Kautionstellung gezwungen werden, bei Leistung mittels replicatio doli; l. 7 pr. D. 7. 9, Ulpian l. 79 ad Ed.

Merkwürdigerweise findet sich aber die exc. d. nicht in dieser Anwendung, vielmehr meint Ulpian l. 18 ad Sab. in l. 13 pr. D. 7. 1, dass eine denegatio actionis einzutreten habe, mindestens aber in dem officium judicis die Rücksicht auf die Kautionstellung enthalten sei.

Ich vermute, dass die Pflicht zur Kautionstellung derart bekannt und selbstverständlich war, dass der Richter nicht besonders zur Berücksichtigung dieser aufgefordert zu werden brauchte, sondern es schon ohne weiteres in seinem officium lag darauf Rücksicht zu nehmen.

Die der repl. d. entsprechende incerti condictio cautionis ist jedenfalls verhältnismässig spät erst von den Juristen

benutzt worden. Proculus (l. 7 pr. D. 7. 9 cit.) kennt nur den Umweg die zum Niessbrauch gegebene Sache zu vindizieren und der exc. ususfructus gegenüber die repl. doli anzuwenden. Sabinus und Celsus l. 5 § 1 D. 7. 5 wissen beim uneigentlichen Niessbrauch kein anderes Mittel als Condiction der zum Niessbrauch gegebenen Sachen nach Beendigung des Niessbrauches, offenbar cond. causa finita. — Ulpian schlägt in beiden Fällen condictio der Sicherheitsleistung vor.

Einen weiteren Beweis, dass sich die incerti cond. erst nach der e. d., also in Nachbildung derselben entwickelt hat, sehe ich darin, dass der Prätor in den unter II behandelten Fällen meist missio in possessionem gab, was vollständig überflüssig gewesen, wenn die Lehre von der incerti condictio schon in älterer Zeit entwickelt gewesen wäre.

2. Einen gesetzlichen Gegenanspruch gibt das beneficium cedendarum actionum. Die e. d. zur Durchführung desselben findet sich nur in wenigen Stellen.

Curatoren, welche wegen einer nicht gehörig gerügten Schuld des Autors belangt werden, können die Klage gegen denselben zediert verlangen; l. 20 § 1 D. 27. 3, Papinian l. 2 Resp.; vgl. l. 25 D. 26. 7, Ulp. l. 13 ad Ed.

Ein Miterbe kann Cession der Forderung beanspruchen, wenn er bereit ist das ganze zu zahlen; l. 18 § 5 D. 10. 2, Ulp. l. 18 ad Ed.

Sonstige Stellen, in denen Klagezession durch e. d. erreicht wird, sind l. 39 D. 24. 1 und l. 38 § 1 D. 46. 3, welche beide oben § 19 S. 42 fg. behandelt sind. Ferner l. 80 § 5 D. 47. 2 und l. 57 D. de leg. 1 (30).

Meist wird die prozessualische Durchführung des beneficium nicht erwähnt.

Eine der e. d. in dieser Anwendung entsprechende Klage ist in gewisser Weise die actio utilis, welche dem Zahlenden kraft cessio legis in einigen Fällen gegeben wird. Antoninus Pius führte sie für den Fall ein, dass ein Vormund wegen Verschuldens eines Mitvormundes verurteilt war; l. 1 § 13 D. 27. 3, Ulp. l. 36 ad Ed., l. 2 C. 5. 58 Antoninus 213.

Noch in einigen anderen Fällen ist uns eine derartige actio utilis überliefert, im allgemeinen aber gibt das röm. Recht kein der e. d. entsprechendes Klagmittel.

Bekanntlich ist es bestritten, ob man das benef. ced. act. auch habe, wenn man keinen oder doch nur einen teilweisen Regress habe. Wind. § 481[7] behauptet, in einem

solchen Falle sei das benef. ganz oder doch zum Teil aufgehoben, während Arndts § 956[3] und Dernburg II § 80[8] behaupten, diese Frage sei nicht beim Cedieren der Ansprüche zu behandeln, sondern bei Geltendmachung derselben seitens des Cessionars. Letztere Anschauung ist die richtige. Sie lässt sich, worauf noch nicht aufmerksam gemacht ist, quellenmässig beweisen. Der dritte Besitzer einer Pfandsache hat das Recht von dem Gläubiger gegen Zahlung Cession der Klage zu verlangen, sodass er sich an dem Verpfänder schadlos halten kann. Ist ihm nun die verpfändete Sache von Todes wegen geschenkt worden und zwar derart, dass er nur die durch das Pfandrecht in ihrem Werte geminderte Sache erhalten soll, so hat er trotzdem gegen den Pfandgläubiger Anspruch auf Cession der Klagen, obwohl er die Klagen nicht geltend machen kann. Dies enthält l. 32 § 5 D. 24. 1, Ulp. l. 33 ad Sab. in ihrem zweiten Anwendungsfalle der e. d. (der erste gehört in § 4 S. 17). Si maritus ea, quae donaverit, pignori dederit . . . . si hoc animo fuit, ut vellet adhuc donatum . . . . dicendum est donationem valere; nam si ab initio ei rem obligatam hoc animo donasset, dicerem vim habere donationem, ut parata satisfacere mulier haberet doli exc. em. quinimum et si satisfecisset, potuisse eam per d. e. em. consequi, ut sibi mandentur actiones.

II. Besonders häufig findet sich der gesetzliche Zwang zu einer Gegenleistung im Erbrecht. Meist ist es hier eine Kaution, die verlangt wird. Freilich entspricht der e. d. im Allgemeinen keine Klage. Das röm. Recht hat den einfacheren Weg eingeschlagen anstatt bei Ausserachtlassung der e. d. eine Klage auf die Kaution für Leistung zu geben, die Leistung mit a. praesc. verbis oder missio in possessionem zu erzwingen. In sofern ist also die e. d. hier nicht immer Gegenstück zur cond. s. c.; sie ist aber auch nicht Gegenstück zur a. praesc. verb., denn sie macht Kautionsstellung geltend, diese aber Leistung.

Die Fälle in denen eine Kaution gefordert werden kann sind mannigfaltig:

a) Zur Sicherung des erblasserischen Willens besteht eine Kautionspflicht des Legatars, wenn ihm ein modus oder eine sonstige Leistung auferlegt ist.

Die Leistung kann ausdrücklich vom Erblasser anbefohlen, also eine Auflage i. e. S. sein; l. 48 D. 40. 5, Julian l. 42 Dig.; vgl. l. 7 D. 40. 5 und l. 69 § 3 D. de leg. 2, Papinian l. 19 Quaest.

Nach l. 1 § 17 D. 36. 3, Ulp. l. 79 ad Ed. muss, wenn einem das Eigentum, einem Anderen der Niessbrauch vermacht ist, der Vindicant bei Meidung der e. d. Sicherheit für Herausgabe des halben Niessbrauches an den anderen Legatar stellen. Er muss bekanntlich mit diesem sich in den Niessbrauch teilen (vgl. l. 19 D. 33. 2).

Die Verpflichtung zu einer Leistung des Legatars kann durch die Natur dessen begründet sein, was als Vermächtnis ausgesetzt ist. So liegt es namentlich beim Niessbrauch- und Dosvermächtnis; l. 71 § 3 D. 35. 1, Papinian l. 17 Quaest.

b) Zur Sicherstellung der Rechte des Erben den Legataren gegenüber findet sich ebenfalls gesetzlicher Zwang zur Kaution. Jemand hat das, was er von seiner Schwiegertochter als Dos erhalten hatte, seinem enterbten Sohne vermacht. Der Erbe haftet dem, welcher die Dos bei einer etwaigen Auflösung der Ehe zurückfordern könnte, auf Rückleistung derselben. Er kann sich natürlich wieder an den Sohn und Legatar halten, der die vermachte Dos ja nur unter den Beschränkungen erhalten, unter welchen sie der Vater hatte, besonders also einem etwaigen Rückforderungsrecht unterliegend. Für diese Rückleistung nun kann sich der Erbe kraft gesetzlicher Vorschrift Kaution stellen lassen und diese im Wege der e. d. bei der Einklagung des Legats erzwingen; l. 7 pr. D. 33. 4, Papinian l. 18 Quaest.

Papinian hält es für nötig in l. 7 § 4 eod. ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die e. d. nicht etwa in dem Sinne hier einer ungerechtfertigten Bereicherung vorbeugen soll, dass die Auszahlung der Dos ohne Kautionstellung ein indebitum sei und die Dos deshalb zurückgefordert werden könne. Daher gibt denn auch Ulpian l. 79 ad Ed. in l. 3 § 5 und § 10 D. 35. 3 Condiction der Sicherheit.

Anders entscheidet freilich Marcian l. 8 Just. in l. 39 D. 12. 6.

Insbesondere findet sich die e. d. hier, wenn der Erbe kraft gesetzlicher Begünstigung auf Grund seines Erbschaftsantrittes Rechte gegenüber den Legataren erlangt hat.

1. Kraft des falc. Gesetzes erwirbt der Erbe einen Anspruch auf $^1/_4$ des auf ihn fallenden Erbteils. Die Legate werden dadurch im allgemeinen ipso iure gekürzt; l. 73 § 5 D. 35. 2.

Wie aber steht es, wenn eine unteilbare Leistung, z. B. eine Servitut, eine individuell bestimmte Sache als Legat

ausgesetzt ist? Dann kann nur im Wege der mit e. d. geltend gemachten Retention geholfen werden; l. 5 § 1 D. h. t., Paulus l. 71 ad Ed.; vgl. l. 80 § 1 D. 35. 2, Gajus l. 3 de legatis ad Ed. Praet. Eine Berücksichtigung der e. d. zur Durchführung der Quarta Falcidia gibt Papinian l. 6 Resp. in l. 78 pr. D. 28. 5, ohne dass aber bei der Eigenart des Falles eine Formulierung als e. d. möglich und denkbar ist.

In einem besonderen Falle kann hier die Anwendung der e. d. fortfallen; siehe l. 23 D. 35. 2, Scaevola l. 15 Quaest.

Sind mehrere individuell bestimmte Sachen vermacht, so kann jede Sache für die ganze Quart retiniert werden. Es bedeutet dies eine grosse Vereinfachung des Retentionsverfahrens, zugleich liegt darin enthalten, dass die Quart nicht auf den einzelnen Stücken des Vermächtnisses ruht, sondern auf dem Vermächtnis als ganzem; l. 16 pr. D. 35. 2, Scaevola l. 3 Quaest. Wind. III § 651[II] meint, die Stelle handele von einem Herausgeben der Sachen ohne Kenntnis von der Verletzung der Quart. Sonst sei sie wie l. 15 § 2 eod. wegen Justinians Bestimmung in Nov. 1 C. 3 antiquiert, während Vangerow II 538[II] bei der zitierten Novelle keine solche ausdehnende Anwendung für zulässig hält.

Ich glaube, dass man l. 16 pr. cit. mit Nov. 1 cit. in dieser Weise gar nicht zusammenstellen darf.

Der Satz der l. 16 pr. cit. ist Entwickelung desselben Grundgedankens wie der der cit. Nov. Sie sagt: Die quarta Falcidia ruht auf der Erbschaft als ganzer, daher kann jedes Stück dem Legatar für die ganze Quart vorenthalten werden. Nov. 1 spricht davon, dass der Erbe, was er dem einen Vermächtnisnehmer gewährt hat, nicht dem anderen versagen soll, das heisst der Verzicht auf die quarta Falcidia ergreift die gesamte Erbschaft, — weil die Quarta Falcidia auf der Erbschaft als ganzes ruht, so können wir hinzusetzen. Ist die Berechnung der Quart besonders schwierig, so konnte der Legatar seine Vermächtnisse erhalten gegen Kaution, dass er das Zuviel zurückgeben werde. Paul. Fragm. III 8. 2.

2. Zur Geltendmachung der trebellianischen Quart kann die e. d. unter den Voraussetzungen wie bei der falcidischen Quart zur Anwendung kommen; l. 21 D. 36. 1, Pomponius l. 22 ad Sab. Die Stelle zeigt uns zugleich deutlich, dass die frühklassische Jurisprudenz die der e. d. entsprechende cond. incerti noch nicht kennt. Aristo hilft mit den possessorischen Interdikten, um dann der Klage des Entwehrten e. d. entgegensetzen zu können. Pomponius

berichtet dies hier ohne der condictio zu gedenken, er selbst hat aber die cond. in diesem Anwendungsgebiet entschieden vertreten. Ulpian beruft sich in l. 3 § 10 i. f. D. 35. 3 ausdrücklich auf ihn als Gewährsmann.

3. Ein Analogon für die e. doli als exceptio legis Falcidiae ergibt sich in dem Falle, dass durch die Querela inoff. test. ein Testament zum Teil aufgehoben, zum Teil erhalten wird. Teilbare Vermächtnisse sind damit auch ipso jure nur mehr geteilt aufrecht erhalten; l. 13 C. 3. 28, Gordian a. 246. Bei unteilbaren Vermächtnissen kann der, welcher Testamentserbe geblieben ist, den Wert des Vermächtnisses zu seinem Teil erlegen oder es kann der siegende Intestaterbe das unteilbare Vermächtnis gegen Ersatz dessen leisten, was ihm verhältnismässig gebührt. Will der Legatar den Ersatz nicht geben, so steht seiner Klage e. d. entgegen; l. 76 pr. D. de leg. 2, Papinian l. 7 Respons.

c) Zur Sicherung der Rechte des Legatars gegenüber dem Erben tritt die e. d. ein, wenn durch sie der Legatar den Anspruch auf die cautio legatorum servandorum geltend macht. Voraussetzungen dieser Anwendung der e. d. sind also die allgemeinen der cautio leg. serv.: Vermächtnis, das betagt, bestritten oder bedingt ist — soweit die Bedingung keine potestative ist —, ferner, dass der Legatar sich im Besitze oder der Detention der vermachten Sache befindet, bei Forderungen, dass der Legatar selbst auch Schuldner ist, also dass eine liberatio legata vorliegt; vgl. l. 5 pr. D. h. t., Paulus 71 ad Ed.

§ 44.

III. Die Schenkung.

In der Lehre von der Schenkung hat die e. d. die regelmässige Entwickelung rechtlicher Konsequenz in zwei verschiedenen Gruppen von Anwendungen durchbrochen. In der ersten Gruppe zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Schenkung, in der zweiten zu Ungunsten des Beschenkten.

I. In der ersten Gruppe hat die e. d. zugleich modifizierend in die Lehre vom Irrtum eingegriffen; l. 18 D. 12 1, Ulp. l. 7 Dig., l. 25 D. 39. 5, Javolenus l. 6 Epist. Beide Stellen sind schon in § 11 S. 29 behandelt.

II. In der zweiten Gruppe von Fällen hat die e. d. in die Lehre der Novation eingegriffen. Die auf Grund einer Delegation abgeschlossene Stipulation ist Novation. Die alte Forderung geht mit ihren Exzeptionen unter l. 12. 13. 19 D. 46. 2. Ausnahmsweise aufrecht erhalten wird die e. d. g. jedoch gegen denjenigen, welchem der Schuldner schenkungshalber überwiesen ist; l. 2 § 3 D. 39. 5, Julian l. 60 Dig. l. 7 pr. D. h. t., Ulp. l. 76 ad Ed.; vgl. für die e. d. specialis die analoge Entscheidung im Falle des Erwerbes eines dinglichen Rechtes in l. 4 § 27—31 h. t., Ulp. l. 76 ad Ed.

Dass der Grundgedanke dieser Entscheidungen auch nach unserer Auffassung durchaus berechtigt ist, zeigt uns die ganz analoge Bestimmung des preussischen Grundbuchrechts, dass der lukrative Erwerber eines Grundstückes gegen Anfechtungsklagen aus der Person seines Vormannes nicht geschützt ist; § 9 Eig. Erw. Ges.

Hier hat sich nun bei den römischen Juristen die Frage erhoben, ob auch der Ehemann, welcher eine Dos erhält, wie ein Schenknehmer zu behandeln sei. Einen onerosen Erwerb mag man die Dos wohl aus Taktgefühl nicht nennen. Immerhin steht sie demselben näher als dem lukrativen, weil der Mann durch die Ehe bedeutende Lasten auf sich nimmt. So sollen denn hier die Grundsätze des lukrativen Erwerbes keine Anwendung finden; l. 7, l. 9 § 1 D. 12. 4, Paul. l. 17 ad Plaut. l. 5 § 5 D. h. t., Paul. l. 71 ad Ed., l. 4 § 21 D. h. t., Ulp. l. 76 ad Ed. Die e. d. ist ausgeschlossen.

§ 45.

IV. Die bona fides bei stricti juris negotia.

Die stricti juris negotia haben die Eigenart, dass der eine Teil nur verpflichtet, der andere nur berechtigt erscheint. Zwei Folgerungen hat das ältere Recht daraus gezogen: Der Schuldner ist nur verpflichtet zu dem, was er von vornherein versprochen hat. Eine spätere Vergrösserung der Schuld ist undenkbar. Der Gläubiger andererseits hat gar keine Pflicht. Er braucht z. B. die geschuldete Leistung nicht anzunehmen, wenn sie ihm angeboten wird, kann sie

aber später doch fordern, denn sein Recht besteht weiter. Hier griff denn die e. d. ein und legte dem Gläubiger auch Verpflichtungen hinsichtlich der Empfangnahme der Leistung auf, deren Inhalt vollständig nach Treu und Glauben zu bemessen ist. Es ist die bekannte Lehre von der mora accipiendi, die hiermit auf die negotia stricti juris ausgedehnt wurde. Aber auch sonst finden sich für den Gläubiger noch Pflichten, die er nach Treu und Glauben zu erfüllen hat.

I. Mora accipiendi. Die einzelnen hierher gehörigen Entscheidungen über die e. d. sind folgende:

1. Infolge eines Annahmeverzugs geht die in der Stipulation individuell bestimmte Sache unter. Der Schuldner wird ope exceptionis frei; l. 73 § 2 D. 45. 1, Paulus l. 24 ad Ed.

2. Eine nur der Gattung nach bestimmte Sache wird ausgeschieden und angeboten, aber nicht angenommen. Dem Schuldner steht bei Verlust der ausgeschiedenen Sache e. d. zur Seite; l. 6 D. h. t., Gajus l. 30 ad Ed. prov., l. 84 § 3 D. de leg. 1, Julian l. 33 Dig. und l. 72 pr. d. 46. 3, Marcellus l. 20 Dig.

3. Dem Schuldner entstehen durch Nichtannahme der Sache irgend welche Auslagen. Er verlangt sie mit e. d. ersetzt l. 8 D. 33. 6 Pompon. l. 6 Epist. Der Schuldner hat anderweitigen Schaden; l. 9 § 1 D. 22. 1, Papinian l. 11 Resp.

II. Droht dem Gläubiger, welcher die Leistung empfangen hat, Entwehrungsklage, so ist er nach bona fides zu den nötigen Massnahmen für Durchführung des Rechtsstreites verpflichtet. Bei Kauf- und ähnlichen Geschäften kann man diese Pflicht aus der bona fide Natur des Vertrages ableiten.

Beruht die Verpflichtung des Schuldners jedoch auf einem negotium stricti juris, z. B. auf einem Legat, so lässt sich die Pflicht des Gläubigers zur Ergreifung der nötigen Massnahmen nur auf diese Obligation selbst gründen. Mit anderen Worten, der Gläubiger ist dann bei einer str. jur. actio zu einem Verhalten nach Treu und Glauben gezwungen und die Durchführung dieses Zwanges geschieht mittels e. d.; l. 29 § 3 D. de leg. 3, Labeo l. 2 Poster. a javoleno epitomat.

Nähere Bestimmungen über die Frage, wann man sagen könnte, dass das Verhalten des Gläubigers gegen Treu und

Glauben verstosse, enthalten die Fragmente l. 53 § 1, l. 55 § 1, l. 56 § 5 und 6 D. 21. 2.

Ausser der in l. 29 § 3 cit. enthaltenen Pflicht der Streitverkündung findet sich auch die Pflicht erwähnt, Retentionseinreden im Interesse des Schuldners wegen Verwendungen geltend zu machen, damit der Schuldner durch vorbehaltlose Herausgabe der Sache nicht geschädigt wird; l. 39 § 1 D. 21. 2, Pompon. l. 11 ad Sab.

III. Zu dem umgekehrten Satze nämlich, dass auch der Schuldner zu einem Verhalten verpflichtet sei, das Treu und Glauben gemäss, hat sich das römische Recht nur in wenigen Anwendungen und auch erst in spätklassischer Zeit entschlossen. Es fehlte eben die Vermittelung durch die e. d., die ja nur zu Gunsten des Beklagten wirken konnte.

Der eine Satz, den Paulus l. 17 ad Plautium mit dem Bemerken vorträgt: puto hoc nos jure uti lautet: der Schuldner haftet von Litiskontestation ab für omnis causa l. 31 pr. D. 12. 1, also wie ein Schuldner aus den bonae fidei-Verträgen.

Papinian l. 28 Quaest. gibt in einem Falle, in dem der alte Rechtsgrundsatz, dass der Schuldner nicht nach Treu und Glauben sich zu verhalten habe, mit dem veränderten Rechtsgefühl in schroffen Widerspruch trat, actio doli gegen den Schuldner; l. 95 § 1 D. 46. 3. Recht bezeichnend ist hierbei, dass der Jurist lieber die subsidiäre a. doli heranzieht als die actio stricti juris erweitert.

Nach dem bisher vorgetragenen ist die Frage nicht mehr schwer zu beantworten:

§ 46.

Wie weit macht die e. d. das stricti juris judicium zu einem jud. bonae fidei?

Betrachten wir die rechtliche Formulierung des Prozesses, so ist damit die Antwort auf die aufgeworfene Frage erteilt. Der Kläger stellt eine actio stricti juris an, die klagbegründenden Thatsachen werden also nach jus strictum beurteilt. Der Beklagte wendet e. d. ein, die klagaufhebenden Thatsachen richten sich also nach der bona fides. Formuliert man aber dieses Resultat derart, dass man sagt: e. d. bonae fidei indicium facit, so können

Kontroversen nicht ausbleiben. Sie sind denn auch thatsächlich seit der Glossatorenzeit da. In neuester Zeit haben sich Keller, Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. 12, S. 400 fg. und Huschke in Lindes Zeitschr. n. F. 2, S. 198 fg. vollständig gegen jenen Grundsatz ausgesprochen, während Dernburg Komp. S. 177 fg. ihn aufrecht erhält. Die Stellen, auf welche man sich auf beiden Seiten beruft, sind l. 42 pr. D. 39. 6, Papinian l. 53 Resp. und l. 3 C. 8. 36 Antoninus. Dernburg beruft sich dann besonders noch auf l. 15. D. h. t Scaevola l. 5 Resp.

L. 42 pr. cit. hat freilich meines Erachtens keine Beweiskraft. Soweit erforderlich, sei die Stelle hierhergesetzt.

Seia cum bonis suis traditionibus factis .... usumfructum sibi recepit et convenit, ut ... proprietas ad eam rediret ... Igitur si res singulas heredes .. vindicent, d. non inutiliter opponetur exceptio. Bonae fidei autem judicio constituto .....

Der Einwand Huschkes a. a. O. S. 201 fg., dass aus den vindicationes singularum rerum durch e. d. doch unmöglich ein b. f. judicium werden könne, ist meines Erachtens durchschlagend. Anzuerkennen ist daher wohl, dass es sich von b. f. autem jud. an um eine andere Klage handele und zwar um die Klage der Seia auf Rückübertragung des Eigentums, die a. praescriptis verbis. Ob man im Sinne Papinians vielleicht auch an die a. fiduciae denken könne, wie Keller meint, mag dahingestellt bleiben. Als beweistüchtig für unseren Gegenstand können wir die Stelle kaum bezeichnen. Eher möchte ich l. 3 C. de exc. 8. 36 Antoninus anziehen.

Adversus fratrem tuum quondam tutorem legitimum tutelae judicio si expertus non es, proposita actione consiste: nec tinnueris e. em. pacti, si in ea fraudem dolumque admissum probare potes. nam replicatio doli opposita b. f. indicium facit et commentum fraudis repellit. Keller a. a. O. S. 402 fg. begnügt sich damit, darauf hinzuweisen, dass das jud. tutelae schon an und für sich b. f. sei, es also nicht erst durch repl. doli werden könne.

Was dann aber Caracalla mit seiner Aeusserung replicatio doli b. f. judicium facit meine, gibt er nicht an. Huschke sucht mit einer Konjektur zu helfen. Sehen wir von diesem einfachsten der Mittel eine unbequeme Stelle aus der Welt zu schaffen ab, so ergibt sich folgendes

Resultat. Im judic. tutelae ist die Einrede enthalten, es sei ein pact. geschlossen, ebenso auch alle ferneren Einreden gegen dieses pactum. Wird das pact. aber ausdrücklich in die Formula aufgenommen, so verwandelt sich mit Rücksicht auf die Verpflichtung aus dem pactum das jud. tutelae in ein jud. str. juris. Der Richter ist angewiesen nicht zu verurteilen, wenn das pact. bewiesen werde. Ob dasselbe fehlerhaft entstanden sei, hat er nicht zu berücksichtigen, wenn er nicht wiederum ausdrücklich vom Praetor dazu ermächtigt wird. Denn die Einrede der Arglist kann auch wieder nicht ohne weiteres — ipso jure — berücksichtigt werden. Sie wirkt ja nur nach prätorischem Recht. Gibt der Praetor nun gegen die e. pacti repl. doli, so verwandelt sich das jud. über das pactum in ein b. f. jud. und dies sagt Antoninus mit dem Satz: nam replicatio doli opposita b. f. judicium facit et commentum fraudis repellit.

Trotz dieser Formulierung kann man doch nicht behaupten wollen, das judicium werde vollkommen wie ein jud. b. f. behandelt. Vielmehr ist das nur in der oben dargestellten Art und Weise der Fall. Die e. d. bewirkt ein einseitiges jud. bonae fidei.

Mehr beweist auch die l. 15 D. h. t. nicht, die wir schon oben in § 25 S. 51 behandelt haben.

L. 15 D. h. t. Scaevola l. 5 Resp. . . . an agentem ex causa iudicati d. m. e. e. summovere potest? Respondit e. em. quidem opponi posse, iudicem autem aestimaturum, ut pro damnis emtori satisfiat.

Es enthält also hier die strengste der Klagen, die actio judicati, durch die e. d. insofern die Natur eines b. f. jud., als eine Abschätzung seitens des Richters ergehen soll, damit der Gläubiger für seinen Schaden Befriedigung erhalte. Eisele Comp. S. 88 fg. bestreitet zwar, dass hier ein Interlocut des judex ergehe und behauptet aestimare heisse nicht abschätzen, führe also nicht zu einem arbitrium, sondern heisse lediglich: sein Ermessen eintreten lassen. Wie er dann aber das von aestimare abhängige ut (damit) erklären will, übergeht er. Scaevola sagt doch ausdrücklich, dass die aestimatio den Zweck hat, den Käufer für alles schadlos zu halten, ut emptori satisfiat. Und da ist doch wohl die einzige Lösung die, dass zunächst ein arbitrium ergeht und, wenn es nicht befolgt wird, erst die sententia.

Anderseits beweist die Stelle aber auch nur, dass die e. d. zu Gunsten des Schuldners wirkt und nicht zu

Gunsten des Gläubigers. Und letzteres müsste der Fall sein, wenn sie wirklich das judicium zu einem vollkommen nach bona fides zu beurteilenden machen würde.

§ 47.

V. Die e. d. als e. adimplendi contractus.

Die e. d. findet sich in einer Reihe von Fällen, in denen sie den Kläger zwingt, bei seinem im Vertrage erklärten Willen zu stehen und alle Folgen, welche sich gesetzlich aus dem Vertrage ableiten, anzuerkennen; wenn die Parteien auch in der Vertragsabrede diese Folgen selbstverständlich nicht alle ausdrücklich mit umschlossen haben, so treten diese doch als aus dem Vertragsgedanken fliessend von selbst ein, wenn sie von den Parteien nicht auf irgend eine Weise ausgeschlossen sind.

Ihrer Natur gemäss findet sich die e. d. besonders in gegenseitigen Verträgen, weil wir in diesen auf beiden Seiten eine Berechtigung und eine Verpflichtung haben. Aber auch in Obligationen mit actio contraria kommt sie vor. Ferner findet sie sich in solchen Fällen, in denen für die juristische Betrachtung mehrere Rechtsgeschäfte vorliegen, die aber von den Parteien als einheitlicher Willensakt gedacht sind; wenn zu einem Geschäfte also accessorische Verträge hinzutreten.

In ganz analoger Weise findet sich die e. d. dann, wenn ein Rechtsverhältnis wieder rückgängig gemacht wird und dabei nur die eine Seite des Verhältnisses ausdrücklich berücksichtigt ist, während die Parteien Gesamtaufhebung beabsichtigt hatten.

§ 48.

1. Bei gegenseitigen Verträgen.

I. Noch zu Ende der Republik erschienen den Römern die Verpflichtungen der Parteien aus synallagmatischen Verträgen als unabhängig von einander. Den Beweis erbringt die schon anderweit — vgl. Dernburg Pand. II § 20 — angezogene Stelle bei Varro de re rustica II 2 § 6. Darauf weisen noch zwei weitere Argumente hin. Einmal die That-

sache, dass auch die klassischen Juristen nicht von einer actio emti venditi, sondern von den actiones emti et venditi sprechen, also von zwei gesonderten Aktionen, anderseits die von Cicero de off. III c. 16 § 66 berichtete Formula der a. emti: quicquid sibi dare facere oportet ex f. b. Damit ist natürlich von dem iudicium ausgeschlossen, was der Gegner beanspruchen kann.

In der Kaiserzeit brachte man die gegenseitigen Verpflichtungen in ein Abhängigkeitsverhältnis zu einander. Zuerst wohl durch eine besondere e. in factum. S. Pedius gibt in l. 5 § 4 D. h. t. e. mercis non traditae, Julianus l. 54 Dig. in l. 25 D. 19. 1 e. si ea pecunia q. d. a. non pro ea re petitur, quae venit neque tradita est. Gajus IV § 126[a] si ei res, quam emerit, tradita est.

Julian gibt aber andererseits in l. 84 § 5 D. de leg. 1 wieder e. d. Die Stelle ist bis jetzt noch nicht in der Lehre von der e. non ad. contr. verwendet worden, gehört aber entschieden hierher. Der Unterschied von den vorher zitierten Stellen besteht nur darin, dass der Verkäufer die e. nicht mehr durch Leistung abwenden kann, sondern zurückgewiesen wird, da ihm seine Leistung unmöglich geworden ist. Ferner behandelt die e. d. gegenüber der a. ex vendito Antoninus in l. 5 C. 8. 44.

Die a. conducti wird gegenüber der a. locati mittels e. d. von Scaevola l. 7 Dig. zur Durchführung gebracht; l. 61 pr. D. 19. 2. Auch diese Stelle ist meines Wissens noch nicht in den Zusammenhang der e. non ad. contr. gebracht worden. Den Anspruch, den der colonus mittels a. conducti geltend machen kann, führt er hier mit e. d. der a locati gegenüber durch, zwingt also den Kläger bei seinem im Mietvertrage erklärten Willen und seinen Folgerungen zu stehen.

Für das jud. familiae erciscumdae gibt e. d. Scaevola l. 1 Resp. in l. 39 pr. D. 10. 2.

Es würde über das mir gestellte Ziel hinausgehen, wenn ich die mannigfachen Kontroversen, welche sich an diese Stellen anknüpfen, darstellen wollte. Es ist Thatsache, dass die röm. Juristen den Gegenanspruch bei gegenseitigen Verträgen als exceptio formuliert haben. Das bedeutet für die historische Betrachtung: Die beiden Obligationen aus diesen Verträgen erscheinen im älteren Recht vollkommen selbständig. Für die dogmatische Betrachtung: Man ist nicht verpflichtet auf Leistung gegen Gegenleistung, sondern auf

Leistung schlechthin. Man würde sich aber mit der Vertragsabsicht in Widerspruch setzen, wenn man klagen wollte, ohne seinerseits Leistung anzubieten.

§ 49.

2. Bei Verträgen mit actio contraria.

II. Bei denjenigen Verträgen, welche eine Haupt- und eine Nebenverpflichtung enthalten (a. directa contraria) kommt die e. non adimpl. contr. ebenfalls vor.

Für die a. commodati contraria sprechen zwar l. 15 § 2, l. 60 D. 47. 2 nur allgemein von Retention und erwähnen eine e. nicht, wohl l. 43 pr. D. 13. 7 für die actio pignoraticia contraria. Die Bemerkung Eiseles Komp. S. 89 ist zwar richtig, dass der Jurist keine Entscheidung über die e. d. trifft, Scaevola gibt aber sogar actio pignoraticia und er beantwortet die Frage über die exc. wohl deshalb gar nicht, weil ihm das selbstverständlich erscheint, wenn actio gegeben wird. Ihm kommt es offenbar darauf an, den Fragesteller aufmerksam zu machen darauf, dass er sich nicht mit Retention zu begnügen brauche, sondern auch klageweise vorgehen könne. Für die vertragsähnliche Obligation der negotiorum gestio erwähnt e. d. l. 1 pr. D. 20. 6, Papinian l. 11 Resp. Der Jurist war befragt worden, ob der Geschäftsführer, der eine Pfandschuld ablöste, a. Serviana utilis habe, also seinerseits ein Pfandrecht erworben, vielleicht in das abgelöste Pfandrecht eingerückt sei. Dies verneint er entschieden. Dagegen gibt er gegen den klagenden Geschäftsherrn e. d, wenn der Geschäftsführer besitze, das heisst seinen Verpflichtungen noch nicht nachgekommen sei, zu denen er mit der a. neg. gest. directa gezwungen werden kann. Denn er muss herausgeben quicquid ex his negotiis retinet l. 3 D. 3. 5. Der a. neg. gest. dir. gegenüber macht er nun a. neg. gest. contr. mittels e. d. geltend.

Einer besonderen Ausführung bedarf l. 52 D. 17. 1. Javolenus l. 1 Epistul. Ein Bürge hat dem Gläubiger besseres Getreide geliefert, als dieser von ihm, da er Anspruch auf eine besonders gute Qualität nicht hatte, verlangen konnte. Klagt der Bürge nun vom Schuldner das bessere Getreide ein, so steht ihm e. d. entgegen, wenn der Schuldner bereit ist, das eigentlich geschuldete minderwertige zu ersetzen. Das Eigenartige in unserer l. 52 ist aber, dass

der Bürge als Revalierungsklage nicht die a. mandati contraria anstellt, sondern die condictro triticaria, die in jure unsubstanzierte Klage auf eine certa res auf Grund eines zivilrechtlichen Anspruches. Diese prozessuale Formulierung des Streites darf natürlich nicht dahin führen, dem Bürgen zu einem Vorteil zu verhelfen, den er bei Anstellung der a. mandati, der bereits in jure substanzierten Klage nicht gehabt hätte. Es wird ihm deshalb mittels e. d. die Verpflichtung aus seinem Mandat auch in der condictio triticaria entgegen gehalten.

§ 50.

3. Bei accessorischen Verträgen.

III. Sehr häufig findet sich, dass neben der Klage aus dem Hauptvertrag noch andere Klagen einherlaufen, die auf einem accessorischen Vertrage beruhen. Ist z. B. eine Schuld durch ein Pfand gesichert, so steht neben der Klage aus dem Hauptgeschäft noch die a. pigner. directa und contraria zu. Ist eine Pfandschuld durch Zinsstipulation verstärkt, so läuft ausserdem neben der a. pigner. noch eine Stipulationsklage. Ist eine Schuld durch ein Strafversprechen gesichert, so konkurrieren beide Klagen unter Umständen. Wichtig für uns ist, dass der Kläger auch bei der Klage aus dem accessor. Geschäft gezwungen wird, bei seinem im Hauptgeschäfte erklärten Willen zu stehen.

Die verschiedenen Rechtsgeschäfte sind kraft Willens der Parteien zu einer Einheit zusammengefasst und, bleibt auch jede actio für sich bestehen, so wird sie deshalb doch nicht unabhängig von den anderweiten Parteiabmachungen.

1. Beim Kauf schlossen die Römer regelmässig noch eine besondere stipulatio duplae für den Fall der Entwehrung ab. Sie ist stricti juris, aber die Obligation aus dem zu Grunde liegenden Kaufe beruht auf der bona fides und Verstösse gegen diese werden der actio ex stipulatu gegenüber mittels e. d. gerügt, oder wie man es gewöhnlich formuliert, es wird die causa der Stipulation zur Geltung gebracht. l. 29 § 1 D. 21. 2 Pomponius l. 11 ad Sab. behandelt den Fall, dass der Käufer die Sache herausgegeben hat, ohne ein Retentionsrecht geltend zu machen, das jetzt verloren ist, da es nur einredeweise vorgebracht werden konnte. Der

Käufer haftet hierfür auch im judicium aus der stipulatio duplae.

Dem Käufer ist mittels a. Serviana die gekaufte Sache abgenommen worden. Er hält sich nun auf Grund der Eviktionsstipulation an den Verkäufer. Dieser, wie er von dem Vorkommnis hört, tilgt die Pfandschuld, und dem Käufer steht somit die Sache zu freiem Eigentum zu Gebote. Trotzdem bleibt die einmal verfallene Stipulation verfallen. Der Gegenanspruch des Beklagten aber beruht darauf, dass Kläger dem Vertrage gemäss nur eines haben solle: entweder die gekaufte Sache oder den Eviktionsanspruch (stipulatio duplae). Die Kaufsache hat er, also steht seiner Klage auf Grund der Eviktionsstipulation e. d. entgegen: Si Serviana actione evictus sit, (sc. servus) committitur quidem stipulatio, sed quoniam soluta a debitore pecunia potest servum habere, si soluto pignore venditor conveniatur poterit uti doli e. e. l. 35 D. 21. 2.

2. Ist eine Verpflichtung aus einem b. f. Vertrag in Stipulationsform gebracht, so bleibt trotzdem auch für die Stipulationsklage die b. f. massgebend, vermittelt durch e. d. Auch hier kann man sagen: Es wird die materielle causa der Stipulation durch die e. d. zur Anerkennung gebracht.

Scaevola l. 27 Dig. berichtet den Fall, dass während schwebenden Eviktionsprozesses der Verkäufer den Kaufpreis mit der Stipulationsklage einfordert; l. 17 § 2 D. h. t. Dann wird er ebenso mittels e. d. abgewiesen, wie wenn die Klage eine actio b. f. wäre; vgl. dazu l. 18 § 1 D. 18. 6.

Die Verpflichtung zur Leistung der Kaufsache ist in Stipulationsform gebracht in l. 4 § 6 D. h. t., Ulp. l. 76 ad Ed. Ich schliesse mich in Auslegung dieser Stelle voll und ganz der von Pernice Labeo II S. 114 gegebenen Darstellung an. Danach soll der Verkauf der Forderung, der ohne Cession derselben erfolgt, den Gläubiger lediglich gegen die drohende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners sicher stellen. Gelingt es ihm nun doch die Schuld beizutreiben, so soll er den bar empfangenen Kaufpreis zurückgeben. Das ist freilich in die über den Kauf abgeschlossene Stipulation nicht mit aufgenommen, kann aber doch mit e. d. zur Geltung gebracht werden.

3. Das Verhältnis von Schuldklage und Pfandklage ist ebenfalls ein derartiges, dass Einreden aus dem einen Rechtsverhältnis auch im anderen von Bedeutung werden. Hat z. B. der Gläubiger durch Litisästimation bei der a.

Serviana seine Forderung erhalten, so soll er nicht mehr mit der persönlichen Klage vorgehen, selbst wenn er die Pfandklage gegen einen Dritten durchgeführt hat. Er sollte durch die Hypothekbestellung nicht mehr erhalten; Marcian, l. 8 § 19 D. 20. 6.

Ein Schuldner hat ein Pfand bestellt und zugleich Zinsen versprochen. Tritt nun später an die Stelle des Pfandgegenstandes durch Verkauf eine Geldsumme, so hat der Gläubiger den Zinsgenuss derselben. Ein Pfandnehmer ist aber zur Ziehung der Früchte, natürlicher wie juristischer, nur insofern berechtigt, dass er sich dieselben auf die Zinsen und dann auf das Kapital anrechnen muss. (Wi. § 234, Dernbg. I § 278[b].) Das kann der Schuldner mit der a. pigneraticia dir. verlangen. Klagt nun der Gläubiger auf Grund der Zinsstipulation, so hält ihm der Schuldner seinen Anspruch aus der a. pigneraticia mittels e. d. entgegen; l. 23 D. 13. 7, Triphonin l. 8 Disput.

Hierhin ist auch l. 4 § 8 D. h. t. zu rechnen. Ulpian l. 76 ad Ed.: Item quaeritur, si uniones tibi pignori dedero et convenerit, ut soluta pecunia redderentur et hi uniones culpa tua perierint, et pecuniam petas. Exstat Nervae et Atilicini sententia dicentium ita esse excipiendum: ‚si inter me et te non convenit, ut soluta pecunia uniones mihi reddantur.' Sed est verius e. em. doli mali vocere debere.

Warum gibt Ulpian hier e. d. an Stelle der e. pacti, die Nerva und Atilicinus geben wollten? Weil das pactum der Klage nicht entgegenstand. Kläger hatte sich zwar seinerseits zu einer Rückleistung verpflichtet, aber mit der ausdrücklichen Abrede: nachdem du geleistet hast (soluta pecunia). Eine solche Abrede allein kann der Klage auf Vorleistung nie und nimmer entgegengehalten werden. Zu diesem Vertrage muss vielmehr hinzukommen, dass die versprochene Nachleistung so unmöglich wird, dass der Versprechende dafür haftet. Der Grund für die e. d. ist dann nicht das pactum an und für sich, sondern die Haftung des Klägers für das Unmöglichwerden der Erfüllung. Denn ginge die verpfändete Sache in der Weise unter, dass der Pfandnehmer nicht haftet, so könnte er nicht mit e. zurückgewiesen werden, obwohl genau dasselbe pactum besteht. Die Entscheidung Ulpians zeichnet sich gegenüber der Nervas und Atilicinus' durch einen feineren juristischen Takt aus.

Auch Pernice Labeo II S. 117—118 macht auf diesen Unterschied aufmerksam, indem er freilich einen grundsätz-

lichen Unterschied der älteren röm. Juristen gegenüber Ulpian annimmt. Ich glaube, man wird nur einen Unterschied in der Formulierung der e. annehmen dürfen.

4. In l. 50 § 1 D. 5. 3, Papinian l. 6 Quaest. läuft neben der hereditatis petitio Verpflichtung und Berechtigung auf Grund einer Führung erbschaftlicher Geschäfte. Dann können Ansprüche aus ihr auch gegen die hereditatis petitio mittels e. d. vorgebracht werden.

5. Eigenartige, mit einander konnexe Rechtsverhältnisse entstehen, wenn an einen Vertreter geleistet wird und dieser für Genehmigung Kaution stellt. Ein Beispiel bietet l. 12 § 2 D. 46. 8, Ulp. l. 80 ad Ed. Ein Vertreter hat die stipulatio rem haberi ratam geleistet. Der Geschäftsherr genehmigt nicht und die Stipulation verfällt. Der Vertretene überlegt es sich aber noch einmal und genehmigt nachträglich. Jetzt hat der Kontrahent sowohl die Genehmigung als den Anspruch aus der verfallenen Stipulation; dies verstösst gegen den Vertrag. Er soll nur eins haben und zwar in erster Linie die Genehmigung. Sollte sie ausbleiben, dann erst die Stipulationsklage. Daher wird er jetzt von derselben mittels e. d. ausgeschlossen. Julian hatte dieselbe zwar noch nicht gegeben, Ulpian sagt aber Sed ego puto e. em doli mali locum habituram.

Auch l. 8 § 1 D. 46. 8, Venulesius l. 15 Stipulationem möchte ich hierher ziehen, obwohl die Stelle von einem anderen Gesichtspunkt auszugehen scheint. Der Geschäftsherr hat zuerst die Zahlung an einen Geschäftsführer nicht genehmigt, sogar Klage auf Zahlung an ihn selbst angestellt, ist aber mit dieser Klage abgewiesen. Nun erklärt er seine Genehmigung dadurch, dass er als defensor des Geschäftsführers in der Stipulationsklage gegen diesen auftritt. Damit steht der Stipulationsklage e. d. entgegen. Die Stelle sagt: non inutiliter doli mali e. e. adversus debitorem uti, quia naturale debitum manet. Das quia naturale debitum manet bedeutet: Der Fall ist nicht so zu behandeln, als wenn auf eine Nichtschuld hin an einen Geschäftsführer geleistet sei. Dann kann auch die Genehmigung nichts daran ändern, dass auf eine Nichtschuld geleistet ist und man kann gegen den Vertreter klagen. Ist dagegen auf eine Naturalschuld hin geleistet, dann gibt nachträgliche Genehmigung allerdings Grund zur Entstehung der e. d., wie nachträgliche Genehmigung bei Leistung auf eine volle Schuld. Dass von der e. d. als Mittel zur Geltendmachung des Retentions-

rechtes an einer auf eine Naturalschuld gemachten Leistung hier keine Rede sein kann, erhellt schon daraus, dass wir als entkräftete Klage die Klage aus der Stipulatio rem haberi ratam haben und nicht die Klage auf Rückleistung.

§ 51.

4. Bei Rückgängigmachen von Verträgen.

IV. Analog zu den oben besprochenen Anwendungen findet sich die. e. d. dann, wenn ein Vertrag rückgängig gemacht wird. Dann soll jede Partei das, was sie von der anderen hat, oder was sie an Stelle derselben hat, zurückgeben. Vielleicht haben die Parteien dies nicht ausdrücklich bei Auflösung des Vertrages abgemacht, doch wird dies als dem Willen der Parteien immanent angesehen. Treffend bezeichnet daher Julian in l. 23 § 7 D. 22. 1, worauf Pernice Labeo II S. 126 aufmerksam macht, die Redhibition einer Kaufsache als eine Art in integrum restitutio beider Parteien; vgl. auch Paulus l. 69 ad Ed. in l. 60 eod.

1. Wird also ein Kauf wegen Entwehrung rückgängig gemacht, so muss der Verkäufer den Wert der Sache ersetzen, der Käufer aber, wenn er noch nicht den ganzen Preis bezahlt hat, sich den nicht bezahlten Teil anrechnen; l. 13 § 9 D. 19. 1, Ulp. l. 32 ad Ed.

Der Käufer muss aber auch hergeben, was er anderweitig an Stelle der Kaufsache hat, z. B. beim Kauf eines unter einer Bedingung Freigelassenen das condicionis implendae causa acceptum; l. 2 § 7, Ulp. l. 3 Paul. h. t. Doch muss der Käufer wirklich das cond. impl. caussa accept. an Stelle des gekauften Sklaven haben. Daher sagt die Stelle zum Schluss: Si tamen ex re emtoris vel ex peculio, quod ad emtorem, pertinebat, pecuniam dederit statuliber, potest dici e. em non nocere, quia dolo non faceret.

Der Verkäufer seinerseits kann nach Redhibition den Kaufpreis nicht mehr einklagen. Sind nun z. B. zwei Sachen zu einem Preis in Bausch und Bogen verkauft, so bewirkt Redhibition der einen Sache Minderung des Kaufpreises; l. 59 § 1 D. 21. 1, Ulp. l. 74 ad Ed.

2. Bei der Rückgängigmachung der Dienstmiete wäre es dem Parteiwillen entgegen, wenn der Mieter bei Unmöglichkeit der Leistung, für die der Arbeitnehmer aufzukommen hat, ausser dem Ersatze noch anderes hätte, das ihm

ebenfalls schadlos halten könnte. Deshalb muss er seine Klagen dem Arbeitnehmer abtreten; l. 60 § 2 D. 19. 2 Labeo; vgl. l. 25 § 8 D. eod., Gajus l. 10 ad Ed. prov. Die e. d. wird hier wie bei der a. depositi und commodati in l. 12 D. 42. 1, Marcellus l. 4 Dig. nicht erwähnt des b. f. judicium halber.

3. Ist ein Konsensualvertrag in Stipulationsform gebracht worden, so enthält die Auflösung des Vertrages durch contrarius consensus zugleich einen Verzicht auf die Stipulationsklage. l. 3 D. 18. 5, Paul. l. 33 ad Ed. gibt e. pacti, indem er den contrarius consensus als pactum de non petendo auffasst, das auch über die a. ex stipulatu geschlossen sei. Ulpian in der oben (S. 20) angeführten l. 2 pr. D. 2. 11 hält ebenfalls neben der e. d. noch die exceptio, welche der Grundobligation entgegensteht, für zuständig.

Eine besondere Komplikation enthält l. 14 D. 44. 1, Alfenus Varus l. 2 Dig. Filius familias peculiarem servum vendidit, pretium stipulatus est; is homo redhibitus et postea mortuus est, et pater eius pecuniam ab emtore petebat, quam filius stipulatus erat. placuit aequum esse in factum e. em eum obicere ‚quod pecunia ab hominem illum expromissa est, qui redhibitus est.' Sehen wir davon ab, dass ein Pekuliargeschäft vorliegt, so haben wir den einfachen Fall, dass ein in Stipulationsform gebrachter Kauf durch Redhibition rückgängig gemacht ist. Damit stände der a. ex stipulatu e. pacti im Sinne der l. 3 D. 18. 5 cit. entgegen. Alfenus gibt hier eine besondere e. in factum, weil der mit der Stipulationsklage auftretende Vater kein pactum geschlossen hat, und ihm die e. pacti vel doli in dieser Anwendung wohl nicht bekannt ist. Auch S. Pedius gibt in l. 5 § 4 D. h. t. eine besondere e. redhibitionis.

§ 52.

VI. Der Zwangsvergleich.

Ist die Solvenz einer Erbschaft zweifelhaft, so liegt es im Interesse der Gläubiger selbst, die Erben zum Antritte zu bewegen. Im Falle eines Konkurses erhalten sie erfahrungsgemäss verschwindende Prozente. Das nächstliegende ist also für sie die Erben durch das Versprechen

der Schadloshaltung zum Antritt zu bewegen; l. 32 D. 17. 1, Julian l. 3 ad Urseium Ferocem.

Selbstverständlich erscheint, dass nunmehr die Gläubiger nicht mehr, als die Erbschaft beträgt, einfordern können. Die höher gehende Forderung wird mittels exc. doli abgewiesen.

Wir können sie auf zweierlei Art konstruieren. Entweder mit Hilfe des Satzes dolo facit qui etc. — durch Verurteilung über die Höhe der Erbschaft hinaus würden die Gläubiger dem Erben aus ihrem Garantievertrag haftbar werden — oder durch Annahme eines stillschweigenden Erlasses — in der Garantie seitens der Erbschaftsgläubiger, dass die Erbschaft nicht überschuldet sei, liegt zugleich der Nachlass der etwa überschiessenden Schulden.

Hier hat nun die e. d. eingegriffen, und den Gedanken des Zwangsvergleichs eingeführt; l. 4 pr. D. h. t. Ulpian berichtet uns hier eine Entscheidung von Celsus. Dieser empfand es als Verstoss gegen das Rechtsbewusstsein, wenn ein Erbschaftsgläubiger auf Kosten der anderen zu Vorteil kommen und daher dem Garantievertrag nicht zustimmen wollte. Ihn schloss die e. d. aus. Offenbar in Anlehnung an diesen in der e. d. niedergelegten Rechtsgedanken führte dann Marc Aurel das Institut des Zwangsvergleiches ein; l. 7 § 19 — l. 10 pr. D. 2. 14.

Eine der e. d. generalis entsprechende e. d. specialis und actio doli enthält l. 40 D. 4. 3 Furius Anthianus l. 1 ad Ed.

§ 53.

VII. Die Quasidelikte.

In der Lehre von den Quasidelikten hat die e. d. eine doppelte Funktion erfüllt. Einerseits hat sie die bei der actio noxalis entwickelten Grundsätze erweitert, anderseits die Haftung für Beschädigung durch Andere als sich selbst bewegende Sachen überhaupt erst eingeführt.

1. Mit der actio noxalis haftet der Eigentümer des Haustieres nicht, wenn das Tier von einem redlichen Besitzer zur Zeit der That benutzt wurde. Gibt dieser aber das Tier zur noxa, so wird dem Geschädigten damit nicht Genüge gethan, denn der Eigentümer kann es vindizieren,

ohne dass man ihm mittels Retention den Anspruch aus der actio noxalis entgegenhalten könnte — dominus non tenetur. Da griffen denn die röm. Juristen mit der e. d. ein und liessen mit ihr auch den Eigentümer haften. Gajus l. 6 ad Ed. prov. in l. 27 § 1 D. 9. 4 und Ulp. l. 7 ad Ed. in l. 11 eod. Auf einem Umwege machten sie diesen Entschädigungsanspruch auch klagbar.

Actio noxalis war freilich ausgeschlossen, da die röm. Juristen einen überlieferten Rechtssatz direkt nicht aufheben wollten. African l. 6 Quaest. hilft aber mit actio Publiciana l. 28 D. 9. 4.

2. Der Eigentümer haftet nicht für Schaden, der ohne culpa seinerseits durch ihm gehörige Sachen angerichtet ist, mit Ausnahme der eben behandelten, sich selbst bewegenden Sachen. Hat der Geschädigte die Sache jedoch in seinem Gewahrsam, so kann er sie für den angerichteten Schaden zurückbehalten; l. 8 D. 47. 9, Neratius l. 2 Resp. l. 9 § 3 D. 39. 2, Ulp. l. 53 ad Ed., l. 5 § 4 D. 10. 4, Ulp. l. 24 ad Ed. Die angeführten Stellen enthalten zwar die Formulierung der Retentionseinrede als e. d. nicht; dass sie aber der actio ad exhibendum gegenüber als e. d. formuliert wurde, zeigt l. 3 § 13. i. f. D. 10. 4.

De quibusdam tamen e. ibus omni modo ipsum debere disceptare, qui ad exhibendum actione judicat, veluti pacti conventi, doli mali, iurisiurandi, rei judicatae.

V. Kapitel.

Die e. d. g. bei Rechtsgeschäften von Todes wegen.

§ 54.

I. Der Erbverzicht.

Wie uns Justinian in l. 35 § 1 C. 3. 28 berichtet, war es unter den klassischen Juristen bestritten, ob ein Erbverzicht giltig sei. Er entschied im Anschluss an Papinian im Sinne der Nichtigkeit eines solchen Vertrags. Jedoch ist uns im Corpus juris eine Entscheidung erhalten, welche die Giltigkeit des Erbverzichtes seitens des Quasi-

patrons ausspricht; l. 1 § 3 D. 37. 12, Ulp. l. 45 ad Ed.: „Si parens vel accepit pecuniam, ut emanciparet, vel postea vivus in eum filius, quantum satis est, contulit, ne iudicia eius inquietet, e. e. doli repelletur.“ Freilich scheint Ulpian mehr von dem Gesichtspunkte auszugehen, dass der Erbe ja für den Verzicht entschädigt sei, so dass die e. d. mehr als Kompensationseinrede = Gegenanspruch der condictio ob iniustam causam aufträte. Glück 7, S. 130 fg. nimmt daher auch für das justinianische Recht Giltigkeit des Erbverzichtes an, wenn man eine Gegenleistung empfangen habe. Das mag aber gegenüber der ganz bestimmt gefassten l. 35 § 1 cit. mehr als zweifelhaft erscheinen; vgl. Mühlenbruch bei Glück 35, S. 266 fg.

§ 55.

II. Das sieben Zeugentestament.

Bei dem immer grösseren Zurücktreten der altzivilen Erwerbsakte, wie es sich bereits Ende der Republik zeigt, liegt es nahe, auch im Erbrecht eine derartige Erscheinung zu erwarten. Indes ist dies hier bei weitem nicht von derjenigen Bedeutung, wie in den übrigen Gebieten des Privatrechts. Die Fähigkeit zu testieren ist den römischen Bürgern vorbehalten. Das Testament ist und bleibt jus proprium civium Romanorum. Ein Abgehen von der alten Testamentsform bedeutet also nicht, dass damit den Peregrinen auch die Möglichkeit nach röm. Recht zu testieren gegeben wäre. Ein Abgehen von der alten Form bedeutet hier auch nicht Uebergehen zur Formlosigkeit; das wäre ein bedenklicher Schritt gewesen. Das einzige, was die e. d. vermittelte, war Abschaffung der Manzipationsform bei der Testamentserrichtung.

Eingeführt wurde die e. d. in dieser Anwendung durch ein Reskript von Kaiser Antoninus Pius Gajus II., § 120.

Erwähnt wird diese e. d. auch in der Collatio leg. Mosaic. 16. 3.

Begründet wurde sie offenbar damit, dass die Intestaterben den Willen des Erblassers nicht für sich hätten, wie Ulp. l. 24 ad Sab. sagt: (non) solet e. d. nocere his quibus voluntas testatoris (non) refragatur l. 19 § 1 D. 50. 17. Diese Begründung war gefährlich und imstande, das ganze

Noterbenrecht über den Haufen zu werfen, wenn ihr nicht die notwendigen Grenzen gezogen wurden. Der übergangene Noterbe hatte jedenfalls den Willen des Erblassers nicht für sich. Der Satz sollte sich aber nur auf den formellen Mangel eines Testaments, nicht auf materielle Mängel beziehen, und so besitzen wir auch zwei Entscheidungen von Paulus, welche dies freilich ohne Angabe des leitenden Gesichtspunktes enthalten. Die erste ist als l. 13 D. h. t. in die Kompilation aufgenommen. Liberis exheredatis, qui nihil ex patris iudicio meruerunt, rupto testamento ius suum conservandum est, nec opponetur doli moli exceptio. Die Stelle lässt sich wegen ihres ganz selbstverständlichen Inhalts nur auf Grund des antoninianischen Reskriptes über die e. d. erklären. Die zweite Entscheidung in l. 15 pr. D. 37. 5 zeigt durch die Gegenüberstellung zweier Fälle, dass gegen den Noterben die e. d. thatsächlich damit zu begründen versucht wurde: Non habet voluntatem testatoris. Zuerst bespricht Paulus nämlich die Frage, ob ein übergangener Noterbe Legate auszahlen müsse. Er verneint dies und setzt hinzu nec. e d. m. huic noceat. Dann führt es aus: Wenn der Noterbe aber zum Erben eingesetzt ist, — et voluntatem patris habet — dann haftet er auch für Entrichtung der Vermächtnisse. Durch diese Gegenüberstellung von e. d. im ersten Falle und voluntas patris im zweiten zeigt uns Paulus deutlich, dass der Gegner den Einwand gemacht hatte, der Noterbe habe nicht den erblasserischen Willen für sich und müsse daher vor der e. d. zurückstehen.

§ 56.

III. Willensauslegung.

Es unterliegt keinem Zweifel, dass die röm. Juristen im älteren Rechte nur den formell und unzweideutig ausgedrückten Willen im Testamente anerkannt haben. Das beweist, dass für jede Verfügung im Testamente auch eine besondere Form vorgeschrieben war, deren Gehalt nach gesetzlichen Auslegungsregeln bestimmt wurde. Einen recht schlagenden Beweis hierfür bietet noch l. 19 D. 33. 2 Modestinus.

Dieses Beispiel, welches ganz den Geist der älteren Jurisprudenz atmet, bildet aber für die Zeit der klassischen

Juristen eine residuäre Erscheinung. Diese nehmen vielmehr eine andere Stellung ein zur Auslegung des letzten Willens. In testamentis plenius voluntatem testantium interpretantur, so trägt Paulus l. 3 ad Sab. den zu seiner Zeit geltenden Satz vor; l. 12 D. 50. 17. Und zu diesem Resultate sind die röm. Juristen mit Hilfe der e. d. gelangt. Freilich ist auch nicht zu verkennen, dass die e. d. nicht ausschliesslich dies Resultat bewirkt hat. Sicherlich hat die Theorie der Formlosigkeit des Fideikommisses bei dieser Entwickelung bedeutend mitgewirkt.

1. Den Begriff der stillschweigenden Bedingung verwendet Scaevola l. 27 Dig. in l. 17 § 3 D. h. t. Ist jemand unter einer Bedingung zum Erben eingesetzt und zugleich mit einem Vermächtnis bedacht, so gilt die für die Erbeinsetzung gestellte Bedingung auch für das Legat als ein zur Wirksamkeit seines Bestandes erhobener Bestimmungsgrund, mag man sie nun stillschweigende Bedingung oder Voraussetzung nennen. Dagegen steht es jemandem, der im Testamente zugleich Erbe und Vermächtnisnehmer ist, frei, ob er die Erbschaft oder nur das Legat annehmen will. Erbschaftsantritt ist nicht etwa stillschweigende Bedingung für das Vermächtnis. Ulp. l. 76 ad Ed. l. 4 § 11 D. h. t.

Ist jemand wahlweise zum Erben oder Vermächtnisnehmer bestimmt, so gilt als Bedingung für das Legat, dass er durch die Erbeinsetzung keinen Vorteil hat. Nimmt er also für Ausschlagung der Erbschaft von dem Substituten eine Entschädigung an, so ist die stillschweigende Bedingung des Legats ausgefallen und es steht der actio legati e. d. entgegen; l. 4 § 11 i. f. D. h. t.

2. Die perplexe Bedingung, welche ein Rechtsgeschäft unter Lebenden nichtig macht, wird in Testamenten, wenn es irgend angängig ist, derart ausgelegt, dass man dem Willen des Testators einigermassen gerecht wird. Per exceptionem doli mali tota ea res temperanda est, wie African l. 5 quaest. in l. 88 pr. und § 7 D. 35. 2 ausführt.

3. Dasjenige Motiv eines Legats wird mittels e. d zu rechtlicher Anerkennung gebracht, welches von allein bestimmender Bedeutung bei Errichtung der letztwilligen Verfügung war. Irgendwelche nebensächliche Bestimmungsgründe kommen natürlich nicht in Betracht. Zwar tragen noch die Institution § 31. 2. 20 den Satz vor Falsa causa non nocet, wie ihn auch Papinian l. 8 Quaest. l. 72 § 6 D.

35. 1 lehrt. Papinian fügt aber hinzu sed plerumque d. m. e. locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse. Der alte Satz ist somit dem Buchstaben nach gerettet und zugleich der neue Rechtsgedanke durchgeführt, dass die Verfügung von dem Dasein des wesentlichen Bestimmungsgrundes nicht unabhängig ist. Thatfrage bleibt es natürlich, was eigentlich wesentlicher Bestimmungsgrund sei. Ein Beispiel für die Auffassung der röm. Juristen bietet Papinian l. 17 quaest. in l. 71 § 3 D. 35. 1.

4. Bei der Frage, was der Erblasser bei Anordnung eines Legats mit den von ihm gebrauchten Ausdrücken gemeint habe, muss man darauf sehen, was ein gewissenhafter Hausvater wohl beabsichtigt haben wird und dies mittels e. d. zur Anwendung bringen. So wirft Pomponius l. 6 ad Sab. l. 8 § 6 D. 34. 3 die Frage auf, ob die Auflage an den Erben einen neg. gestor nicht zur Rechenschaft zu ziehen auch Befreiung von der Klage aus Arglist gebe. Er verneint sie.

Als vermacht gilt die Sache mit den juristischen Eigenschaften, welche sie zur Zeit der Legatserrichtung besitzt. Spätere Vergrösserung, z. B. Fortfall von belastenden Servituten durch Konfusion kommt dem Vermächtnisnehmer nicht zu gute, wird vielmehr durch e. d. wieder ausgeglichen; Paul. l. 31 quaest. Papin. notat. l. 18 D. 8. 1, Florentin l. 11, Inst. l. 116 § 4 D. de leg. 1. Eine analoge Entscheidung findet sich bei Paul. 16 ad Plaut. l. 20 pr. D. 40. 7.

Hat der Erblasser etwas anbefohlen, das in der angeordneten Form juristisch unmöglich ist, so soll die e. d. Umwandlung der Verfügung in eine juristisch mögliche Form bewirken. Einzelne Anwendungen dieses Satzes finden sich in l. 81 § 3 D. de leg. 1 und l. 6 § 1 D. 33. 8. In der ersten Stelle legt Julian l. 32 Dig. die letztwillige Verfügung, dass der Vermächtnisnehmer ein Grundstück ohne das darauf errichtete Gebäude erhalten soll, dahin aus, dass der Vermächtnisnehmer dem Erben das Wohnungsrecht an dem Gebäude einräumen müsse. In der zweiten Stelle behandelt Ulpian l. 24 ad Ed. den Fall, dass jemandem ein Peculium ohne die dazu gehörigen Schulden vermacht ist. Das ist juristisch unmöglich, denn das Peculium als universitas juris umfasst auch die Passiva. Ist der Bedachte aber im Besitze des Peculium, dann schützt ihn e. d.

Diese beschränkte Aufrechterhaltung der letztwilligen Verfügung erklärt sich daraus, dass eben erst die e. d. eine

derartige Auslegung ermöglicht hat; wie es in der Natur der Sache liegt: einredeweise, d. h. nur zu gunsten des Beklagten, des Besitzers, und selbst Ulpian noch vor einer Erweiterung zurückscheut. Auch Paulus l. 6 Resp. sagt für die e. d. in verwandter Funktion et alioquin potior est in re pari causa possessoris; l. 36 § 3 D. 29. 1.

5. Als beschwert mit einem Vermächtnis gelten die Erben und zwar jeder nach Verhältnis seines Teiles. Ist ein Erbe fortgefallen, so accresziert den andern die Pflicht zur Vermächtnistragung, oder es tritt der Substitut ein. Wird aber das Vermächtnis z. B. in einem Kodizill errichtet zu einer Zeit, wo einer der im Testamente eingesetzten Erben schon fortgefallen war, so ist der Substitut nicht verpflichtet, da die Auflage an seinen Instituten, der bereits gestorben war, erfolgte und es accresziert die Pflicht an die übrig bleibenden Instituten; Scaevola l. 8 quaest. l. 14 D. 29. 7. — Africanus l. 2 quaest. entscheidet jedoch, dass man dem Willen des Testators näher komme, wenn man die Instituten nur nach ursprünglichen Kopfteilen haften lasse, das Legat also zum Teil hinfällig werde; l. 15 D. 29. 7. Sed cum ea testatoris voluntas fuerit, ut ex universa hereditate legata erogarentur, dicendum scriptis heredibus profuturam d. e. em., si amplius quam hereditaria portio petatur.

6. Die Person des Bedachten wird bei einer letztwilligen Verfügung — Schenkung auf Todesfall — in weitherzigstem Sinne ausgelegt in l. 40 § 3 D. 2. 14. Papin. l. 1 Resp. Die Abmachung des Dosbestellers, dass die Dos bei seinem Bruder, der sein Erbe sei, bleiben solle, wirkt mittels e. d. zu gunsten der Kinder des Bestellers, wenn er solche später bekommt und als Erben hinterlässt.

III. Teil.

Die e. d. g. im heutigen Recht.

§ 57.

I. Die Frage ihres Weiterbestehens.

Diejenigen Schriftsteller, welche die soeben dargestellte materielle Funktion der e. d. für das röm. Recht überhaupt nicht anerkennen, müssen sie auch für das heutige Recht leugnen. Aber auch andere bestreiten ihre heutige Geltung, besonders Römer Ztschr. für Handelsr. Bd. 20 S. 48 fg. Er behauptet, es sei unvereinbar mit der Auffassung des Richteramtes im modernen Staate, wenn man dem Richter die Befugnis gebe, das allgemeine Rechtsgefühl dem vom positiven Rechte anerkannten Anspruch gegenüber zur Geltung zu bringen. Der Einwand wird hinfällig, wenn das positive Recht das Rechtsgefühl als Verpflichtungs- oder Befreiungsgrund anerkennt.

Damit wird das allgemeine Rechtsgefühl ebenfalls zu positivem Recht. Und es ist nicht einzusehen, warum der Richter dann dies positive Recht nicht anzuwenden habe und warum eine Anwendung desselben dem Gedanken, dass der Richter dem Rechte unterworfen sei, widerstreite. Dieser Ansicht ist denn auch unsere heutige Praxis, vergl. unten § 58 fg. S. 112 fg., welche die e. d. als durchaus giltig behandelt und besonders im Wechselrecht zu einem fruchtbaren Rechtsinstitut geschaffen hat.

Ein zweiter Einwand dagegen scheint von Römer mit mehr Berechtigung erhoben zu werden. Allmählich habe sich, wie bei der b. f. negotia, eine positive Theorie der e.

d. entwickelt, die Fälle derselben seien genau festgelegt, und es könne daher schon vom Standpunkt des Corpus juris keine Rede davon sein, dass der Richter einen Anspruch als dolos abweist, weil er dem Rechtsgefühl widerspreche, während die römischen Juristen die e. d. in dem entsprechenden Falle nicht geben. — Es stellt uns aber das moderne Recht vielfach vor Rechtsfragen, welche das römische Recht nicht kannte. Damit dass wir da die e. d. anwenden, stellen wir uns nicht in Widerspruch mit dem röm. Recht, sondern vernichten nur Rechts-Konsequenzen, die wir als für unser Recht nicht durchführbar erkennen.

Mit Römers Ausführung ist also die lebendige Kraft der e. d. nicht beseitigt. Analoge Anwendungen der im Corpus juris sich befindenden Grundsätze über die e. d. finden sich in der Praxis vielfach. Selbständige Fortbildung der e. d. in neuen Fällen, besonders in dem römischen Recht unbekannten Rechtsinstituten, z. B. im Wechselrecht, steht in der Praxis fest. Aber auch die Theorie muss die schöpferische Kraft der e. d. anerkennen. Das geschieht denn auch auf mancher Seite m. E. entsprechend dem Geiste des röm. Rechtes. Sagt doch l. 12 D. h. t. Papinian l. 3 Quaest.: Qui aequitate defensionis infringere actionem postest, doli exceptione tutus est.

Der Grund, welcher leicht gegen diese Stelle Misstrauen hervorruft, ist das Wort aequitas. Freilich darf man darunter nicht ein allgemeines Billigkeitsgefühl verstehen. Sonst würde die Stelle dazu führen eine Gefühlsjurisprudenz zur Herrschaft zu bringen, jede Sicherheit des Verkehrs aufzuheben, den Richter zum Souverän über das gesamte Rechtsleben zu machen. Die e. d. steht nicht im Dienste eines allgemeinen Billigkeitsgefühls. Das beweist l. 62 D. 46. 1 Scaevola l. 5 Resp.

Was die römischen Juristen aequitas nennen, ist nicht Billigkeits-, sondern Rechtsgefühl. In zahlreichen Fällen ist sie die neue Rechtsordnung, welche im Laufe der Jahrhunderte in Rom an Stelle der alten, des jus strictum getreten ist; vgl. Lenel Exc. § 6; Bekker Aktionen II S. 244 fg. Dadurch, dass hauptsächlich, freilich nicht ausschliesslich, der Prätor die aequitas in seinen Schutz nahm, mit andern Worten, dass er zum grossen Teil die Fortentwickelung des röm. Rechtes durchführte im Sinne der veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse, und dass sich formell der Unterschied zwischen seinem Recht und dem alten Recht erhielt,

dadurch kommen wir im röm. Recht zu einer äusserlichen Unterscheidung von jus strict. und aequitas. Dafür passt natürlich unsere Bezeichnung Billigkeit-Recht durchaus nicht. In jedem Rechtssystem, das Jahrhunderte lang ohne tiefere Eingriffe der Gesetzgebung gilt, wird was ‚Wohlthat war zur Plage', wenn nicht den veränderten Verkehrsverhältnissen entsprechend auch eine allmähliche Veränderung der Rechtsordnung stattfindet.

Dieser Unterschied zwischen aequitas und jus strictum ist, wenn er sich auch noch im Corpus juris findet, für uns mit dem Unterschied von Civil- und prätorischem Rechte gefallen. Jus, das der Prätor durch die aequitas entkräftet hat, ist für uns nicht Recht, sondern gewesenes Recht.

Wenn in anderen Fällen aequitas das vom Civilrecht erst in späterer Zeit anerkannte Recht im Gegensatze zu dem alten jus strictum bedeutet, so ist auch hier diese Unterscheidung nur eine historisch wahre. Uns erscheint es ebenso sehr recht als billig, dass an die gegenseitigen Verträge ein anderer Massstab angelegt wird, als an gewisse einseitige Verpflichtungen, z. B. den Wechsel. Die Unterscheidung hatte also vielleicht einmal historisch eine Berechtigung, für unser Recht gilt sie nicht mehr.

Beide Fälle zeigen uns aber, was der eigentliche Sinn von aequitas ist: Neue Rechtsordnung gegenüber der alten, nicht mehr als Recht empfundenen. Und dieser Gedanke ist ein bleibender, es ist der Gedanke einer allmählichen Fortentwickelung des Rechtes im Anschluss an die Entwickelung und Aenderung des Verkehrs. Auch wir bedürfen, wie die Römer, eines Organs, das diesen steten Kontakt zwischen Recht und Verkehr vermittelt, und wir haben ein solches in der e. d. g. Mögen wir nun sagen: Sie bringt die aequitas gegenüber dem jus strictum zur Geltung; oder die veränderte und erstarkte Rechtsanschauung gegenüber dem alt gewordenen, absterbenden Recht — immer ist sie ein wichtiger Faktor in der allmählichen historischen Entwicklung des Rechtes, den zu leugnen gerade Anhänger der historischen Schule keinen Grund haben. So stehen denn auch Dernburg, Pand. I § 137, Birkmeyer Exc. § 32 S. 304 fg., Hänel Archiv S. 419 fg. und Sintenis Civilrecht I § 32 auf unserer Seite.

§ 58.

II. Anwendungen.

Betrachten wir nun im einzelnen, in wie fern für uns die e. d. noch diejenige schöpferische Bedeutung hat, wie im röm. Recht. Zunächst haben sich eine Reihe von Anwendungen der e. d. vollständig zu Teilen des positiven Rechtes entwickelt. So betrachten wir die Grundsätze über die ungerechtfertigte Bereicherung, die actio de in rem verso, den Ersatz bei Verwendung, Verarbeitung, Verbindung und Beschädigung durch Sachen, ferner die e. adimplendi contractus als feststehende Rechtssätze, für deren Begründung wir schwerlich eine besondere Billigkeit zu Hilfe nehmen, so wenig wie zur Begründung der Klagbarkeit formloser Verträge oder der Haftung des Auftraggebers aus für ihn abgeschlossenen Geschäften. Die e. d. als subsidium e. is pacti hat nur Boden bei einer streng formalen Auffassung der Vertragsworte und des Vertragsinhaltes und hat in unserer freieren Auffassung keinen Boden mehr. In wieweit ein Verschulden des Richters oder Schiedsrichters in der Executionsinstanz mittels Einrede wieder gut gemacht werden kann, richtet sich nach den genauen Vorschriften der C. P. O.

Eigentlich schöpferische Kraft vermag also die e. d. g. nur auf dem noch übrigen Gebiete zu entwickeln. Aber auch hier lassen sich auf systematischem Wege eine Reihe von Fällen in ein fest begrenztes Gebiet bringen, in dem sie nur mehr auf dem Wege der Analogie weiter wirken können. Produktiv können wir die e. d. aber nur in demjenigen Gebiete nennen, in dem wir im Anschluss, nicht in Analogie an eine Enscheidung der Quellen eine Entscheidung fällen. In Analogie: Das hiesse den Grundgedanken der exc. in einem neuen gleichartigen Falle zur Anwendung bringen. Im Anschluss: In einem neuen ähnlichen Fall.

Die erste Anwendung führte uns zu einer Erweiterung des Rechtsstoffes ohne Schaffung eines neuen Rechtsgedanken. Die zweite Anwendung zur Schöpfung eines neuen Rechtsgedankens bei gleichzeitiger Erweiterung des Rechtsstoffes.

§ 59.

1. Im Prozessrecht

lehnt die moderne Praxis die e. d. prinzipiell ab, sobald es sich um dem öffentlichen Prozessrechte angehörige Grundsätze handelt. Dass die römischen Juristen anders verfuhren, lehrt uns ein Blick in den zweiten Teil unseres Systems der e. d.

Zwei Entscheidungen des Reichsgerichtes sind mir hier bekannt geworden. Die eine enthält den Fall, dass der Beklagte einwendet, die Zuständigkeit des Gerichtes nach § 24 C. P. O. sei durch arglistiges Verhalten des Klägers herbeigeführt. Bd. 16 S. 392 fg. Dieser Einwand wird als unzulässig verworfen. In einer zweiten Entscheidung versuchte der Gegner die Berufung auf den Mangel einer gesetzlich notwendigen Formalität als dolos hinzustellen. Das Reichsgericht 17 S. 406 wies diesen Einwand jedoch als unzulässig zurück, da die Berufung auf Erfüllung gesetzlicher Formvorschriften keinen dolus enthalten könne.

§ 60.

2. Im gemeinen Civilrecht

nimmt die e. d. im Vergleiche zum rein röm. Recht nur wenig Raum ein.

Die allgemein gebräuchlichen Anwendungen derselben werden nur selten als e. d. angeführt. Sie führen ihre besondere Bezeichnung z. B. als Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung, des nicht erfüllten Vertrages u. s. w. Die Spezialisierung der Anwendungsfälle ist hier auch im Namen ausgeprägt und führt daher zur sofortigen Vergegenwärtigung der leitenden Grundsätze. Die Formulierung als e. d. wäre vollkommen bedeutungslos und würde die Rechtssätze nur verdunkeln und verwischen, jedenfalls keine Förderung gewähren. Immerhin mag sie noch in diesem oder jenem Falle vorkommen; vgl. Seuffert Arch. 24 Nr. 36.

1. Zur Durchbrechung von Grundsätzen, welche dem allgemeinen Teile des Rechtssystems angehören, findet sich unsere exceptio in den Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 26. 250 und 12. 229.

Wir haben den allgemeinen Rechtssatz, dass der Schuldner mit seinem ganzen Vermögen für seine Verpflichtungen aufzukommen hat. Ergibt sich aber aus den bei dem Vertragsabschluss geführten Verhandlungen, dass der Schuldner nur mit einer gewissen Vermögensmasse haften will, so wäre es dolus des Berechtigten, das ganze Vermögen des Schuldners heranzuziehen.

2. Im Vertragsrecht findet sich die e. d. in einer ganzen Reihe von Entscheidungen.

a) Zunächst bei Beurteilung der Frage, was die Parteien mit Hinzufügung einer Befristung oder Bedingung bezweckten. In dem bei Seuff. Arch. Bd. 16 Nr. 93 mitgeteilten Falle hatte eine Versicherungsgesellschaft sich ausbedungen, dass Entschädigungsansprüche, wenn sie nicht schriftlich anerkannt würden, innerhalb 6 Monaten geltend gemacht werden müssten. Sie verweigert die Herausgabe von Urkunden und macht somit die Klaganstellung innerhalb der ausbedungenen Frist unmöglich. Ihrer Entgegnung, die vertragsmässig ausgemachte Frist sei verstrichen, steht die repl. doli entgegen. Ebenso entschied das R. G. Bd. 22. 205 für den Fall, dass Vergleichsverhandlungen geschwebt haben und deshalb der Anspruch nicht innerhalb der festgesetzten Frist erhoben wurde.

Für die Bedingungslehre von Bedeutung ist die Entscheidung bei Seuff. 21. 227. A. hat dem B. versprochen, an einem Neubau die Schlosserarbeiten bis zu einem bestimmten Tage fertig zu stellen, für jeden überschiessenden Tag aber eine Konventionalstrafe zu zahlen. B. hat nun bis zu angemessener Zeit vor dem Verfalltage die erforderlichen Thüren und Fenster im Neubau nicht angebracht, so dass A. nicht rechtzeitig erfüllen kann. Gegen die Einforderung der Konventionalstrafe e. d.

Natürlich tritt die e. d. nicht ein, wenn kein Verschulden des Klägers am Verfall der Konventionalstrafe vorliegt, wenn er z. B. nicht gemahnt hat, trotzdem er wusste, dass sofort gezahlt würde. Eine Verpflichtung zur Mahnung besteht nicht; e. d. ist also zurückzuweisen. Vgl. die Entscheidung bei Seuff. 9, Nr. 32.

Von Bedeutung für das Versicherungsrecht ist die bei Seuff. 5 Nr. 2 mitgeteilte Entscheidung.

Eine Versicherungsgesellschaft beansprucht vom Versicherten Mitteilung jedes feuergefährlichen Gewerbes, wohin sie auch Cigarrenfabrikation rechnet. Sonst lehnt sie die

Auszahlung der Versicherungssumme ab. Diese Pflicht wird vom Versicherten nicht befolgt. Es entsteht Brand bei ihm; aber nicht in den Räumen, wo er das feuergefährliche Gewerbe betreibt, sondern in andern; diese allein brennen aus. Trotzdem braucht die Versicherungssumme nicht ausgezahlt zu werden, das Gericht lehnte die repl. doli aus l. 12 D. h. t. ab.

Meines Erachtens mit Recht. Was die Versicherungsgesellschaft ausdrücklich als Bedingung ihrer Verpflichtung aufgenommen hat, kann nicht mit dem Einwand entkräftet werden, dass sie im vorliegenden Falle keinen Schaden durch Nichterfüllung der Bedingung gehabt habe.

b) Für Verträge auf wiederkehrende Leistungen ist von grosser Wichtigkeit die bei Seuff. 16. 208 mitgeteilte Entscheidung. A. schliesst mit B. einen Vertrag, laut welchem B. es übernimmt, alle Soldaten, die A. während einer gewissen Zeit in Einquartierung bekommt, zu verpflegen. Bei Gelegenheit der ersten Einquartierung weigert B. die Erfüllung des Vertrages und A. schliesst daher mit C. einen Vertrag desselben Inhaltes wie mit B. Später klagt nun B. bei Gelegenheit weiterer Einquartierung gegen A. auf Erfüllung. Das Gericht erkennt e. d. als zulässig an, unter der Begründung, dass A. zwar kein Rücktrittsrecht wegen der Weigerung des B. habe, aus den Umständen aber habe annehmen müssen, dass B. auf den Vertrag verzichte.

Die Entscheidung weist also den Worten nach Rücktrittsrecht ab, führt es aber mit Hilfe der e. d. durch eine Hinterthür wieder ein. Denn man wird wohl in jedem ähnlichen Falle mit nicht mehr und nicht weniger Recht als vorliegend die Annahme rechtfertigen können, der andere Kontrahent verzichte durch Weigerung der Erfüllung auch auf Erfüllung seitens des Gegners und damit wäre das Rücktrittsrecht für Verträge mit wiederkehrenden Leistungen, wenn der Gegner nicht erfüllt, anerkannt; für unser heutiges Rechtsbewusstsein entschieden ein Gewinn. Für uns ist es verletzend, wenn derjenige, welcher selbst den Vertrag nicht gehalten hat, nachträglich dem anderen Teile Vertragsbruch vorwerfen oder ihn gar zur Erfüllung zwingen will.

c) Auch für Rückstände aus einem beendeten Geschäftsverhältnis ist Treu und Glauben massgebend. Das zeigt folgende Entscheidung des R. O. H. G., Bd. 16, Nr. 88. Bei Getreidelieferungen kommt es häufig vor, dass der Em-

pfänger die Säcke länger, als erforderlich, behält. Handelsgebrauch gibt dann dem Lieferanten das Recht auf Mietgeld für die Säcke. Im vorliegenden Falle hatte nun der Lieferant die Säcke vier Jahre lang nicht zurückgefordert und trat nun mit Klage auf Zahlung des verfallenen Mietgeldes auf, zunächst nur für ein Jahr. Immerhin hatte dasselbe die erkleckliche Höhe von über 157 Thaler erreicht.

Das R. O. H. G. erkannte an, dass durch diese Forderung sehr wohl e. d. begründet sein könne, freilich habe Beklagter sich nicht darauf berufen und müsse deshalb verurteilt werden. Bähr (Urteile des R. G. XIV), welcher diese Entscheidung zu einer andern Ausführung benutzt, meint beiläufig, er wüsste eine solche e. d. nicht zu begründen. Er übersieht, dass Rückforderung der Säcke und eventuelle Leistung des Mietgeldes Rückstände aus dem Kaufvertrage zwischen den Parteien sind und daher der in unserem Verkehrsleben herrschenden Treu und Glauben unterliegen. Von uns wird ein solches Sich verschweigen, wie im vorliegenden Falle, als Verstoss gegen Treu und Glauben empfunden und gibt daher auch Grund zur e. d.

d) Wer Anstoss zu einem Rechtsgeschäft gibt, dessen Nichtigkeit er kennt, haftet für den dem andern erwachsenen Schaden. Soweit können wir den Satz schon für das röm. Recht nachweisen; vgl. § 19 S. 42 fg. Hat ein Dritter im Vertrauen auf die Giltigkeit des Geschäftes einen Rechtserwerb gemacht, so soll er darin geschützt werden. Dies ist die Fortbildung, die ich in einer Entscheidung des O. A. G. zu München, Blätter für Rechtsanwendung 18. 107, mitgeteilt von Birkmeyer, Exc. S. 311, sehe. A. zediert zum Scheine Staatsobligationen an B. und überträgt sie im Staatsschuldbuche auf dessen Namen. C. erwirbt sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der Eintragung von B. Gegen die Klage des A. steht ihm e. d. zu. — Bekanntlich findet sich der hier zu Tage getretene Rechtsgedanke im Grundbuchrecht in weitem Umfange verwirklicht. —

Eine Fortbildung dieses Satzes sehe ich in der Entscheidung des R. G. v. 16. März 1880, welche Bähr (Urteile S. 106 fg.) anführt. Kläger hatte dem Beklagten eine ihm gehörige Parzelle verkauft und zugleich einen anstossenden, dem Fiskus gehörigen Streifen Landes, den er demselben noch abkaufen wollte. Der Beklagte baute ein Haus auf dem Gesamtgrundstück, ohne sich freilich vorher noch hinsichtlich des fiskalischen Streifen zu sichern. Nach

zwei Jahren tritt nun der Verkäufer mit der Klage auf Herausgabe des dem Fiskus abgekauften Streifens auf nebst Entfernung des Baues und Schadenersatz.

Beklagter macht natürlich die Einrede geltend, dass Kläger ja doch das Land wieder herausgeben müsse. Kläger bestreitet einen dahin gehenden Vertrag, macht event. Verjährung geltend. Ausserdem erklärt er sich bereit, das Grundstück für 450 Mk. — dem neunfachen des wirklichen Wertes — dem Beklagten abzutreten. Das R G. erkannte zunächst unter Berufung auf l. 5 § 2 D. h. t. das Vorbringen der Verjährungseinrede als dolos an. Das neue hierin gegenüber dem röm. Recht ist, dass das Geschäft nicht von Anfang an ungiltig war, sondern es nachher durch eine kurze Verjährungsfrist (landesgesetzlich) geworden war.

3. Bei Individualrechten ist mir die e. d. g. in drei verschiedenen Anwendungsfällen bekannt geworden, die sämtlich eine Fortbildung der römisch rechtlichen Grundsätze enthalten.

a) Als subsidium e. is pacti findet sie sich in E. R. G. 13. 157. Ein deutsches Haus hat das Warenzeichen einer ausländischen (amerikanischen) in Deutschland nicht geschützten Firma angemeldet und führt in dem Warenzeichen die ausländische Firma an. Sie tritt nun gegen die ausländische Firma, die ihre Waren nach wie vor in Deutschland mit ihrem Warenzeichen vertreibt, mit dem Anspruch auf Unterlassung der Führung dieses Zeichens auf, wird aber mit e. d. zurückgewiesen.

Dadurch, dass das deutsche Haus in dem Warenzeichen die ausländische Firma als eigentlichen Produzenten bezeichnet, liegt dieser Firma gegenüber ein Verzicht auf Geltendmachung des sonst absolut wirkenden Rechtes. Dieser Verzicht ist freilich nicht durch Vertrag begründet, dann würde e. pacti helfen, wohl aber durch die öffentlich erklärte, fortwährend wiederholte Mitteilung, dass der Produzent das ausländische Haus sei.

b) Ein Haus verkauft die ihm gehörige Grube ohne Firma und Warenzeichen.

Ein neues Geschäft fängt es nicht an, so dass das Warenzeichen wertlos ist. Der Erwerber der Grube benutzt das Zeichen daher, lässt es auch für sich eintragen. Gegen eine Klage des Erstberechtigten ist er mittels e. d. geschützt. Das Individualrecht ist ohne rechtfertigenden Grund, causa finita bei jenem. R. G. 30 Nr. 1. Dies ist insofern Fort-

bildung der römischen Grundsätze, als dieses die cond. causa finita gab, wenn das von den Parteien für die Berechtigung Vorausgesetzte weggefallen war, während hier die e. d. steht, um Fortfall des vom Rechte vorausgesetzten Interesses des Geschützten geltend zu machen.

c) Entwickelung im Geiste der exc. rei venditae et traditae bietet die Entscheidung des R. G. in Bd. 3, Seite 158 fg.

Nachträglicher Erwerb des gesetzlichen Urheberrechtes kommt nicht dem Urheber oder seinen Erben zu gute, sondern demjenigen, welcher das Recht zur Benutzung des Werkes vor Erlass des Urheberrechtsgesetzes (11./6. 70) erworben hatte. Diese Entscheidung führt auf folgenden Rechtsgedanken. Der Vertrag, welcher vor Erlass des Urheberrechtsgesetzes abgeschlossen ist, bewirkt lediglich eine obligatorische Bindung der Parteien. Wirkung gegen Dritte wohnt ihm nicht inne.

Erhält der Urheber nun später ein absolutes Recht, so ist er jedenfalls jetzt befugt nach Massgabe des § 58 citierten Gesetzes auch gegen den Kontrahenten vorzugehen. Ueber dies neue Urheberrecht ist der Vertrag nicht abgeschlossen — es hat zur Zeit des Vertrages ja überhaupt noch nicht existiert —, obligatorisch ist der Autor aber zur Ueberlassung des Rechtes verpflichtet, und dolo facit qui petit quod redditurus est.

4. Erweiterung des Grundsatzes dolo facit qui petit quod redditurus est bietet auch das moderne Hypothekenrecht. Ein Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, hat den Hypothekengläubiger teilweise befriedigt und ist somit in die Hypothek eingerückt. Wird nun das Grundstück zwangsweise veräussert und erreicht es hierbei nicht den Wert der ganzen Hypothek, so hat der ursprüngliche Gläubiger, wie auch der eingerückte Eigentümer Anspruch auf verhältnismässige Auszahlung des Steigpreises.

Die Auszahlung an den Eigentümer kann aber der Gläubiger verhindern, da dieser ihm doch den fehlenden Teil ersetzen muss. Der Eigentümer würde einen dolus begehen, wenn er seinem Gläubiger das vorweg nähme, was er ihm doch wieder herausgeben müsste. Dieser Satz wird nun von besonderer Wichtigkeit für den Fall des Konkurses, denn da braucht sich der Gläubiger für den Ausfall, den er erleiden würde, nicht an die Konkursmasse zu halten. R. G. 27, S. 190.

§ 61.

3. Im Handelsrecht.

Aus dem Gebiete des Handelsrechtes möchte ich ausser der oben S. 115 dargestellten Entscheidung (R. O. H. G. 16, Nr. 88) zur Erläuterung der produktiven Kraft der e. d. einen bei Puchelt (Kommentar z. Handels-G. B., Bd. 3, 3. Aufl., 1890) zu Art. 168 zitierten Fall anführen. Haben ein Kommanditist und Komplementar denselben Namen, so haftet auch der Kommanditist mit seinem ganzen Vermögen, wenn des Komplementars und damit sein Name in der Firma enthalten ist. Wusste der Gläubiger der Gesellschaft jedoch, dass nicht der Kommanditist in der Firma gemeint sei, hatte er also seinen Kredit gar nicht im Hinblick auf die persönliche Haftung desselben gewährt, so steht der Ausbeutung seiner formellen Befugnis e. d. entgegen.

§ 62.

4. Im Wechselrecht.

Im Wechselrecht spielt die e. d. bekanntlich eine bedeutende Rolle. Sie figuriert in zahllosen Entscheidungen des R. O. H. G. Doch möchte ich da von vorneherein aus dem Kreis der Betrachtung eine Reihe von Anwendungen, die ich als unechte e. d. bezeichne, ausscheiden. Es sind das diejenigen Fälle, in denen e. d. an Stelle einer anderweitigen Einrede gebraucht wird. Dahin rechne ich z. B. die Entscheidungen, welche e. d. statt e. pacti setzen: z. B. Entsch. 1 S. 100, 4 S. 392, 14 S. 225, 19 S. 251.

Urteil vom 13./2. 79 in Sachen Cohn ./. Hähner; e. doli als e. excussionis Ent. 8 S. 136, wohl auch 2. 366. 5. 257.

e. d. als e. Sct. Vellejani 6 S. 203, 11 S. 13, 14 S. 145 und andere mehr.

Zu einer derartigen Vertretung aller Einreden durch die e. d. ist man allerdings nach l. 2 § 5 D. h. t. befugt. Zur Klärung der Begriffe über die e. d. dient dies aber nicht und irgend einen tieferen Sinn kann man damit auch nicht verbinden wollen.

Von den Fällen echter e. d. bilde ich folgende Gruppen:

I. Die e. d. zur Verhinderung einer ungerechtfertigten Bereicherung. Sie kann aus dem Begebungsakte und aus dem Zahlungsakte sich herschreiben.

1. Aus dem Begebungsakte. Durch die Abrede, dass auch der Empfänger zu einer Leistung verpflichtet sei, wird der Wechselvertrag kein zweiseitiger (vgl R. O. H. G. 3 S. 315), wohl aber ist es möglich, dass die beiden Abreden in Gemässheit der Lehre der condictiones sine causa mit einander in Verbindung gebracht werden. Besonders zahlreich sind hier die Fälle der e. causa data non secuta. — R. G. 5 Nr. 25. Seuff. 15 Nr. 158 S. 248 fg. (2ter Fall); R. O. H. G. 16. März 72; R. O. H. G. 20. März 77.

Als e. causa finita findet sich die e. d. in der Entscheidung R. G. 2 Nr. 411.

2. Zahlung tilgt nach Art. 39 W. O. den Wechsel nur, wenn Quittung auf demselben vermerkt ist. Vergessen des Tilgungsvermerkes bewirkt also, dass die Wechselverpflichtung noch besteht, wenn auch bei dem Zahlungsempfänger ohne Rechtfertigung. Erforderlich ist selbstverständlich, dass gezahlt wurde, um den Wechsel zu tilgen, nicht etwa nur, um dem Wechselinhaber eine Sicherheit zu geben.

Zahlt also z. B. der Wechselaussteller ohne Kassierung, so ist damit e. d. nicht ohne weiteres für den Akzeptanten begründet, R. G. 23 S. 124; besonders nicht wenn die Kassierung absichtlich unterblieben, indem der Zahlende dem Wechselinhaber Einziehung auf dessen Rechnung lassen will; R. G. 11 Nr. 20.

Zahlung des Akzeptanten dagegen ist als Zahlung auf den Wechsel anzusehen. Er steht nicht mit dem Wechselinhaber in einem zivilrechtlichen Verhältnis, etwa wie Aussteller und Indossanten zu Nehmer und Indossataren. Seine Zahlung ist also von vorne herein als Zahlung zur Tilgung des Wechsels anzusehen und wird durch sie allen Wechselschuldnern gegen den Zahlungsempfänger die e. d. erworben; R. O. H. G. 5 S. 125. Teilleistungen begründen e. d., wenn der Empfänger aufs Ganze klagt. Seuffert 13 Nr. 171. Das R. O. H. G. 25 S. 18 geht sogar so weit, auch dann sämtlichen Wechselschuldnern die e. d. zu geben, wenn Akzeptant ausdrücklich Tilgung dadurch ausschliessen wollte, dass er nach Verfall und Protest durch einen andern in seinem Auftrage und auf seine Rechnung

den Wechsel bezahlen und auf denselben durch Nachgiro übertragen liess.

II. Eine Fortbildung der röm. Grundsätze über die e. d. sehe ich in den Entscheidungen R. O. H. G. 19 S. 33, 25 S. 67. Die e. d. gründet sich in dem ersten Fall darauf, dass ein Remittent durch unerlaubte Handlung oder Zufall in den Besitz des Wechsels kommt, in dem zweiten Falle, dass jemand einen in blanco girierten Wechsel findet, auf seinen Namen ausfüllt und nun geltend macht. Die der e. d. entsprechende Klage würde im Allgemeinen condictio furtiva sein. Das neue gegenüber dem röm. Rechte ist also die e. d. im Dienste der Entwendungslehre.

Die Römer erkannten zwar an, dass bewusst widerrechtliche Annahme nicht geschuldeter Sachen cond. furt. begründete, bei Annahme eines Stipulationsversprechens im Bewusstsein, dass es nicht geschuldet werde, ist mir eine derartige Entscheidung nicht bekannt. Entwenden kann man bei materialistischer Auffassung nur eine Sache. Wir sehen in der Entwendung eines Inhaberpapiers zugleich diejenige der Forderung und entkräften dem fur gegenüber die Forderung durch e. d. als Ergänzung der cond. furtiva.

III. Eigenes Verschulden des Klägers macht die e. d. in der Entscheidung R. O. H. G. 8 S. 136 geltend. Jemand begibt einen Wechsel mit der Abrede, dass derselbe nur als Deckung für den etwaigen Ausfall bei einer von dem Wechselnehmer zu bestellenden Hypothek dienen solle. Gegen die Wechselklage macht der Beklagte natürlich den Einwand geltend, der Kläger solle sich zunächst an die Hypothek halten. Befindet er sich hierzu durch eigenes Verschulden ausser Stande, so steht ihm e. d. entgegen.

IV. Wirkung eines pactums für Dritte sehe ich in den Entscheidungen R. O. H. G. 1 S. 100, 23 S. 338. Diese Entscheidungen haben folgenden Inhalt: Indossant macht mit dem Aussteller (oder Akzeptant) ab, dass er ihn, den Aussteller, nicht in Anspruch nehme. Er indossiert an einen Dritten unter derselben Verpflichtung. Klagt derselbe nun gegen den Aussteller (oder Akzeptant), so steht ihm e. pacti vel. doli entgegen. Dieselben Grundsätze enthält das Urteil des R. O. H. G. 25. April 79, Philipp contra Adler.

V. Ueber eine Benutzung des Satzes dolo facit qui petit quod redd.; vgl. S. 51.

VI. Einen neuen Anwendungsfall der e. d. enthalten die Entscheidungen R. G. 4 S. 100, 11 S. 9.

Jemand hat einen Wechsel indossiert erhalten, um ihn im Auftrage und auf Rechnung seines Indossanten einzuklagen. Dann muss er sich alle Einreden entgegenhalten lassen, die dem Indossanten entgegenstanden, selbst wenn er sie erst im Laufe des Prozesses erfährt. Den dolus sieht das Reichs-Gericht darin, dass er sein formales Recht dazu missbrauchen will dem Schuldner Einreden abzuschneiden.

Mit Recht hat meines Erachtens das Reichs-Gericht diesen neuen Fall der e. d. geschaffen. Klagt jemand nicht auf eigene Rechnung, sondern auf fremde, so soll er auch nur erlangen, was der hinter ihm Stehende erhalten würde, selbst wenn er formell als Eigenberechtigter auftritt. Das Volldossament soll nicht dazu benutzt werden dem Schuldner Einreden zu entziehen.

Das Reichs-Gericht hat sich mit seinen cit. Entscheidungen in bewussten Widerspruch mit dem R. O. H. G. gesetzt, das grundsätzlich einer derartigen Erweiterung des Dolusbegriffes abhold war; vgl. z. B. Entsch. 6 S. 55, 4 S. 171, 8 S. 333.

VII. E. doli specialis sehe in folgenden Entscheidungen:

Jemand erwirbt den Wechsel, um dem Wechselschuldner Einreden, die ihm gegen den Wechselinhaber zustehen, abzuschneiden. R. O. H. G. 6 S. 5, 11 S. 111, 13 S. 262.

Jemand erwirbt, trotzdem er weiss, dass das dem Wechsel zu Grunde liegende Geschäft gesetzlich verboten, R. O. H. G. 1 S. 172, dass das Blankett vertragswidrig ausgefüllt, 6 S. 44, dass das Akzept nur unter nicht eingetretenen Bedingungen erteilt worden ist und Indossant widerrechtlicher Weise Gebrauch macht, 25 S. 302.

In all diesen Fällen haben wir vorsätzliche Vermögensschädigung — actio doli und e. d. specialis; sie fallen also nicht in den Rahmen dieser Arbeit.

§ 63.

III. Der Entwurf.

Der Entwurf II. Lesung enthält ebensowenig wie der Entwurf I. eine Bestimmung, aus der man die Zulassung der e. d. g. für das neue Recht direkt folgern könnte. Für das Vertragsrecht ist sie zwar durch § 127 aufrecht erhalten:

Verträge sind so anzulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Für die übrigen Verpflichtungsgründe besteht jedoch eine dieser Vorschrift entsprechende nicht. § 206 enthält nur für den Schuldner die Pflicht zur bona fides und doch ist eine analoge Bestimmung für den Gläubiger durchaus nicht überflüssig. Die ganze Lehre vom Verzug des Gläubigers z. B. basiert lediglich auf dem Gedanken, dass der Gläubiger nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten nach Treu und Glauben habe. Wenn nun auch hier dieser Satz nicht ausdrücklich in das neue Recht aufgenommen wird, so lässt er sich meines Erachtens doch auf dem Wege der analogen Ausdehnung allein schon aus den vorerwähnten Bestimmungen über das Vertragsrecht und den Verzug des Gläubigers entwickeln. Und dies wird sich sicher als Notwendigkeit herausstellen. Wo bona fides auf Seiten des Schuldners gefordert wird, kann sich auch der Gläubiger derselben nicht entziehen und die exceptio doli generalis bedeutet doch nur Durchführung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte. Und diese Formulierung bietet eine derart umfassende Handhabe zur Einführung neuer im Verkehr auftauchender Rechtsgedanken, dass die Theorie und Praxis sich dieselbe sicherlich nicht wird entgehen lassen.

Litteraturangabe.

Albrecht, Die Exceptionen des gemeinen deutschen Civilprocess.
Maxen, Beweislast, Einreden und Exceptionen.
Eisele, Die materielle Grundlage des Exceptio.
Birkmeyer, Die Exceptionen im b. f. judicium.
Lenel, Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen.
Hänel, Archiv für civil. Praxis XII. S. 429 fg.
Römer, Zeitschrift für Handelsrecht XX. S. 48 fg.
Pernice, M. Antistius Labeo II. bes. S. 112 fg.
P. Krüger, Prozessual. Konsumtion bes. § 5.
— — Zeitschrift für Rechtsgeschichte VII. S. 219.
Filippo Milone, La exceptio doli. Napoli 1882.
Pernice, Zeitschrift der Savigny-Stiftung. Romanische Abtheilung IV. S. 157 fg.
Hugo Krüger, Beiträge zur Lehre der exceptio doli.
Francke, Archiv für civil. Praxis XVI. S. 422 fg.
Burchardi, Wiedereinsetzung bes. S. 297—303.
Heimbach, Weiske's Rechtslexikon III. S. 709 fg.
Dernburg, Kompensation 2. Aufl. bes. § 20—22.
Eisele, Kompensation.
Brinz, Kompensation.
Krug, Kompensation.
Ubbelohde, Ipso jure compensatur.
Voigt, Condictiones ob causam.
Windscheid, Die Lehre von der Voraussetzung.
Voigt, Ius naturale III. bes. S. 904.
Bekker, Aktionen des röm. Privatrechts.
Bähr, Urteile des Reichsgerichts.
Merkel, Konkurs der Aktionen.
W. M. Werner, Die exceptio doli im Wechselrecht. Dresden 1882.
Borchardt, Allgemeine deutsche Wechselordnung mit Kommentar.
Puchelt, Kommentar zum Handelsgesetzbuch und Supplementband.

Keller, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft XII. S. 400 fg.
Huschke, Zeitschrift für Civilrecht und Process. N. F. II.
Die gebräuchlichen Pandektenlehrbücher, bes. Dernburg I. § 138. — Sintenis I. § 32. — Puchta. — Brinz. — Savigny.
Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts I. § 127.
Förster, Theorie und Praxis des preussischen Privatrechts. § 31 a. E.
Rehbein und Reineke, Preussisches Privatrecht I. S. 220.

Lebenslauf.

Ich Konrad Ernst Alexander Dronke wurde geboren am 6. Juni 1871 zu Berlin als Sohn des Chemikers Dr. phil. Ferdinand Dronke und seiner Ehefrau Eva geb. Hölscher. Nach Besuch des Vorschulunterrichtes an der Realschule in Bockenheim bei Frankfurt a. M. trat ich in das Königliche Gymnasium zu Frankfurt a. M. ein. Im Sommer 1881 trat ich in das Köllnische Gymnasium zu Berlin, und Herbst 1884 in das Kgl. Wilhelms-Gymnasium zu Berlin über, woselbst ich im Herbst 1889 das Zeugnis der Reife erhielt. Ich bezog darauf die Akademie Lausanne, wo ich teils juristische, teils sprachliche Vorlesungen hörte. Im Sommer 1890 siedelte ich nach Bonn über und setzte meine juristischen, wie sprachwissenschaftlichen, besonders orientalischen Studien fort. Im Dezember 1892 bestand ich die erste juristische Prüfung am Kgl. Oberlandesgerichte zu Köln und trat im Januar 1893 in den juristischen Vorbereitungsdienst ein, in dem ich zur Zeit an der Königlichen Staatsanwaltschaft zu Bonn beschäftigt bin.

Thesen.

1. Artikel 11 Abs. 3 der Reichsverfassung hat nur staatsrechtliche, keine völkerrechtliche Bedeutung.
2. Die Konversion eines Rechtsgeschäftes ist im weitesten Masse anzuerkennen.
3. Der Satz: Periculum est emtoris gilt nicht ausnahmlos.
4. Der Richter hat kein Recht die Verfassungsmässigkeit eines Gesetzes zu prüfen.
5. Das Patronatrecht geht durch Nonusus nicht unter.